

LA COOPERACIÓN NECESARIA Y LA COMPLICIDAD EN LA ÚLTIMA REFORMA Y ADICIÓN AL CÓDIGO PENAL DEL 2002

ISMAEL MANUEL ARAUZ ULLOA
MARÍA ASUNCIÓN CASTILLO

Al nuestro maestro el Prof. Dr. D. Diego-Manuel Luzón Peña

Introducción

El tratamiento de los problemas planteados por la acción humana en sus relaciones con el Derecho -la participación en el delito- es uno de los temas más complejos con que la doctrina ha tenido que enfrentarse; la separación de la cooperación necesaria respecto de la coautoría y la complicidad es un asunto de constante actualidad que suscita una problemática especial en la doctrina jurídico-penal.

Determinar cuando la colaboración prestada constituye coautoría y cuando cooperación necesaria supone un problema tan complejo y equivalente al de establecer cuándo una aportación constituye cooperación necesaria y cuándo se trata de una simple colaboración no necesaria-complicidad-, y es que, con independencia del marco penal que en abstracto se señale, esta diferenciación reviste una gran importancia de cara a la respuesta penal que se le asigna a cada una de las conductas en cuestión.

El objeto específico de este trabajo es el tratamiento doctrinal de la cooperación necesaria, su diferenciación respecto de la complicidad, la coautoría y la cooperación ejecutiva contrastando las situaciones previstas por el Código Penal (1974), con las expuestas en la última reforma al Código Penal vigente (*Ley 419 Ley de reforma y adición al Código Penal*, publicada en la Gaceta, Diario Oficial num. 121, de 28 de junio de 2002) de forma tal que nos ha permitido incorporar buena parte de la bibliografía que al respecto ha elaborado la doctrina penal de los últimos años.

En aras de encontrar los criterios diferenciadores que nos hemos propuesto, analizaremos brevemente las diferentes construcciones jurídicas - teóricas que al respecto se han manejado, así: la teoría del acuerdo previo, la teoría de la necesidad en abstracto y en concreto, la teoría del dominio del hecho, la teoría de la necesidad referida al sí y al cómo de la ejecución en el caso concreto, la teoría de los bienes y actividades escasas y finalmente, las versiones de la teoría del dominio del hecho referidas al dominio funcional negativo y al dominio o determinación objetiva y positiva del hecho; teorías científicas que pretenden establecer -a priori- criterios firmes a partir de los cuales poder determinar en cada caso concreto quién tendrá la calidad de autor y quién la de partícipe y dentro de éstos quién la de cooperador necesario y quién la de cómplice.

Finalmente, es oportuno señalar, que dada la naturaleza de este trabajo nos limitaremos al estudio y análisis de la cooperación necesaria en relación con la coautoría, la complicidad y la cooperación ejecutiva, por lo que, determinadas cuestiones que marginalmente se mencionan no serán tratadas con el detenimiento y profundidad que requieren debido al carácter restrictivo de nuestra investigación.

I. Aproximación al tema: la cooperación necesaria como forma de participación

De manera general, y en principio, puede apuntarse que en la participación se estudia el fenómeno de la codeincuencia, es decir, la intervención de varias personas en un hecho delictivo, de modo que en sentido amplio se dice que son partícipes todos los que intervienen en el hecho con independencia de la aportación que al mismo hayan realizado.

En un sentido estricto son partícipes¹, "los sujetos que intervienen en un delito, *sin ser autores del mismo*, es decir, sin realizar la acción típica nuclear, *sin determinar positiva y objetivamente el hecho*, siempre y cuando sus conductas estén recogidas en alguno de los preceptos del Código penal que describen formas de participación"².

La nueva regulación penal establece tres formas de participación, la primera de ellas es, la **inducción**, según la cual se castiga a aquél que hace

-
1. Debemos tener en cuenta este concepto a la hora de estudiar las distintas formas de participación, y en especial, la cooperación necesaria - objeto de este trabajo -, concretamente, cuando se tratan de establecer criterios de diferenciación basados en la teoría del dominio del hecho.
 2. En este sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, voz "*Participación*", EJBCiv, III, 1995, 4778. (la cursiva es nuestra).

nacer en otra persona la resolución criminal de cometer un hecho delictivo (art. 24.1 Pn), la segunda, es la llamada **cooperación necesaria** que consiste en cooperar en un hecho delictivo con un acto sin el cual el delito no se habría efectuado (art. 24,2 Pn).

La tercera, y última, forma de participación establecida en la regulación penal es la **complicidad** que se define como aquella que no hallándose comprendida en las situaciones anteriores, representa cooperación en la ejecución de un hecho con actos anteriores o simultáneos (art. 26 Pn)³.

A partir de estos conceptos legales, podemos afirmar, que la participación en sí misma, no es sino un concepto de referencia que supone siempre la existencia de un autor principal en función del cual se realizan los actos de cooperación o favorecimiento⁴.

Sistemáticamente, la cooperación necesaria ha sido ubicada por el legislador a continuación de los autores (directo, mediato y coautor) e inductores, señalando que al cooperador también se le considerará autor. Tal construcción -como ha señalado DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO- representa una ficción legal que tiene como objeto castigar a los partícipes con la misma pena que a los autores, este criterio es correcto si se observa bajo el prisma de la justicia material⁵. Lo anterior se debe -según MIR PUIG,- el término autor en dos sentidos: uno estricto que coincide con el doctrinal del que realiza el hecho como propio, y un sentido amplio que incluye a partícipes especialmente importantes en el hecho de otro: el inductor y el cooperador necesario.

3. Al respecto, cabe señalar, que los artículos reformados del Código penal, además de estas tres figuras reconocía como forma de participación el encubrimiento y la cooperación ejecutiva, figuras que fueron suprimidas con la reforma reciente, lo cual es avance en esta materia ya que la conducta de encubrimiento como forma de participación, es una modalidad *ex post facto* que resta base causal para estimar partícipe al encubridor, por ello, se entendía que debía hablarse no de una participación subsiguiente, sino de un delito subsiguiente, de ahí que se tipifique de forma independiente el encubrimiento (arts.352 bis reforma parcial al código penal del 2002) ubicado dentro de los delitos contra la administración de justicia, como delitos con sustantividad propia. Ya que la conducta del encubridor ni induce al delito encubierto, ni lo fomenta o facilita. En sentido, véase la doctrina española, entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "*Autoría y participación*", La Ley, 1996/2, 1283 s; el mismo, voz "*Encubrimiento y favorecimiento*", EJCiv, II, 1995, 2779; JUANES PECES, "*La autoría y la participación, a la luz de la doctrina*", La Ley, 1997/2, 1675 s; también, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, (Director). *Código penal, doctrina y jurisprudencia*, I, 1997, 926.
4. En este sentido, SALAZAR MARÍN (*Autor y partícipe en el injusto*, 1992, 127) agrega que: "eso es así realmente porque no hay injustos de participación, sino participación en injustos ajenos. A nadie se le puede acusar del delito de participación, sino de participación en un delito sobre el cual otro ejerce el dominio".
5. Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 245; el mismo, voz "*Cooperación ejecutiva, cooperación necesaria y complicidad*", EJCiv, I, 1995, 1715. En la misma línea, MIR PUIG (*DP PG*, 1996, 358 s) puntualizando sobre el concepto de autor utilizado por el Código penal español en dos sentidos, uno amplio y uno estricto.

La cooperación necesaria constituye una de las tres formas generales de participación en el delito al lado de la inducción y la complicidad, aunque algunos autores desde hace mucho tiempo distinguían únicamente dos formas de participación, la inducción y la complicidad -esta última dividida en complicidad necesaria y complicidad no necesaria⁶-, hoy es mayoritaria la posición de dar a la cooperación necesaria la entidad y autonomía que le corresponde en atención a su naturaleza de forma de participación distinta de la inducción y la complicidad.

En la doctrina se mantienen distintas teorías que tratan de explicar el fundamento del castigo de la participación, como una extensión de la pena a los partícipes al no realizar éstos el tipo penal⁷. Así las **teorías de la corrupción o de la culpabilidad** que sostienen que el partícipe es castigado por corromper o convertir a otro sujeto en autor de un delito o contribuir a su culpabilidad. También se manejan las **teorías de la contribución a la lesión del bien jurídico** que fundamentan el castigo de la participación según sea la contribución a la lesión, partiendo de la consideración autónoma de la idea de culpabilidad como cuestión estrictamente personal del sujeto; dentro de esta última destaca la teoría de la causación o del favorecimiento, que requiere la cooperación por parte del partícipe en un hecho antijurídico del autor aunque este último no actúe culpablemente⁸. En este caso, no se castiga al partícipe como causante directo de la lesión del bien jurídico, sino a través del hecho principal del autor, se habla entonces, del principio de accesoriedad el cual implica -en palabras de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA-, que existe dependencia entre personas, valores, hechos o situaciones. Y, cuando se afirma que la participación es siempre accesoria, quiere decirse que el hecho del partícipe depende del hecho del autor.

6. Sobre esta distinción, véase, DEL ROSAL BLASCO, "La inducción y la complicidad como formas de participación" en: CuadDJ, 1994, 217; también, QUINTERO OLIVARES (Director), *Comentarios*, 1996, 307; el mismo, en: *Curso*, 1996, 489. En cambio, VIVES ANTÓN (Director), *Comentarios*, 1996, 285, ubica claramente la cooperación necesaria como forma de participación independiente de la complicidad.

7. Una visión completa de las teorías elaboradas por la doctrina, véase, GÓMEZ RIVERO, *La inducción*, 1995, 42 s; en el mismo sentido, MIR PUIG (DP PG, 1996, 393) con especial relevancia sobre el principio de accesoriedad.

8. MIR PUIG (DP PG, 1996, 392) sostiene que esta teoría es la más convincente y adecuada al derecho positivo, además de que responde a la concepción de la participación mantenida por la doctrina y la jurisprudencia. "La culpabilidad es una cuestión personal de cada sujeto, su sentido se agota en permitir la atribución al sujeto del hecho antijurídico; que falte esta atribuidad respecto de uno los sujetos que intervienen en un hecho antijurídico sólo puede afectarle a él y no romper la relación entre el hecho y los demás sujetos que contribuyeron a su realización".

A partir de esta concepción de la accesoriedad como relación de dependencia jurídica del partícipe respecto del autor, cabe hablar de accesoriedad externa y accesoriedad interna, en el primer caso, se trata de decidir qué grado de desarrollo en el *iter criminis* ha de haber alcanzado el hecho del autor para que la participación en él sea punible, y en el segundo, interesa saber qué elementos del delito han de concurrir en el hecho del autor para que sea punible la participación en él. Respecto, a la accesoriedad interna, se han defendido diferentes posturas⁹, nosotros optamos, por la accesoriedad limitada, conforme a la cual, la participación es punible sí el hecho del autor es típicamente antijurídico.

La cooperación necesaria como forma de participación lleva intrínseco ese carácter accesorio del que venimos hablando, pero al mismo tiempo, la referencia hecha por el legislador (art. 24,2 Pn) nos remarca esa accesoriedad al señalar como tal aquella cooperación en la ejecución de un delito con un acto sin el cual éste no se habría ejecutado; se infiere pues, la cooperación por el partícipe en un delito ajeno, en este caso, la participación depende de la existencia de un hecho principal, que es el realizado por el autor. Es decir, que el partícipe se halla en una posición accesoria respecto a la del autor, el hecho principal pertenece a éste, el partícipe interviene en un hecho ajeno.

Otra forma de demostrar el carácter accesorio de la cooperación necesaria ha sido la escogida por GROIZARD¹⁰, para quien suprimiendo los autores directos del delito, los cómplices (utilizando la palabra cómplice en sentido amplio que incluye al cooperador necesario y al cómplice propiamente dicho) no tendrán a quien ayudar, desapareciendo así el delito y los delincuentes. Por el contrario, si se prescinde de los segundos, el delito subsistirá; nuevas personas podrían desempeñar el papel que a aquéllos les correspondía, o los mismos autores podrían tomar a su cargo, por completo, la ejecución del delito.

Son cooperadores necesarios a tenor del artículo 24,2 Pn, *"Las personas que cooperan dolosamente en su ejecución con un acto sin el cual no se*

9. En este sentido se habla de accesoriedad mínima, limitada, extrema e hiperextrema; la accesoriedad mínima exige que la conducta del autor sea cuando menos típica, pero entendiéndola como meramente contradictoria del ordenamiento jurídico-penal del Estado, sin que sea necesario el injusto material. La accesoriedad limitada requiere que el autor haya incurrido en una conducta típica y antijurídica. La extrema exige la realización por parte del autor de una conducta típica, antijurídica y culpable. Y la hiperextrema requiere tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, es decir, que sólo tolera la participación en un hecho punible ajeno. Véase, SALAZAR MARÍN, *Autor y partícipe*, 1992, 128; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, voz *"Participación"*, EJBCiv, III, 1995, 4779; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *"La participación y los delitos especiales"*, en: CuadDJ, 1994, 143-145, el mismo, en: *Autoría y participación*, 1996, 115-117.

10. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERRA, *El Código penal de 1870*, I, 1923, 593.

habría efectuado". De lo anterior, hay que decir, que el cooperador necesario no es un contribuyente causal directo al hecho del autor principal, pues no actúa sobre los mecanismos causales ejecutivos o directos (disparar, golpear, etc.), actividad que corresponde al autor, sino que su actuar se limita a realizar una aportación importante para que el autor principal que sí causa el delito, ejecute el hecho¹¹. Lo anterior no significa que la aportación realizada no sea causa necesaria para la comisión del delito que en realidad si lo es, pues esa es su esencia como tal cooperación, pero lo que no puede admitirse, es que se considere a la cooperación necesaria como causa directa del resultado producido por el delito¹².

En esencia se trata, como en la complicidad, de un acto de auxilio anterior o simultáneo al delito de otro, pero caracterizado por la importancia objetiva que reviste el mismo para la comisión del delito, importancia que llega a tal punto que sin tales actos, el hecho criminal no se hubiera podido perpetrar.

II. Distinción entre cooperación necesaria y complicidad

Sabido es por la doctrina desde hace muchos años que la cooperación necesaria y la complicidad plantean complejos problemas de diferenciación, pues ha sido difícil hasta el momento encontrar un criterio que satisfaga las exigencias legales y doctrinales que al respecto se han manejado, y es que, la diferenciación entre estas dos formas de participación no sólo es una exigencia dogmática científica, sino, que de ella depende una sustancial diferencia en la respuesta penal que se le asigna a esta conducta.

Conscientes de las dificultades que entrañaba esta diferenciación los comentaristas del siglo pasado sostenían que las dudas debían resolverse de acuerdo con un entendimiento subjetivo de la autoría, y entonces sería autor-en sentido amplio que incluía la cooperación necesaria- aquel que quería el hecho como propio y actuara con *animus actoris*, en cambio, sería cómplice aquél que quería el hecho como ajeno y actuara con *animus*

11. Como afirma DEL ROSAL BLASCO ("*La inducción y la complicidad*", 1994, 221) el término "cooperar" da la idea de una acción encaminada a aportar una contribución para que otro encauce materialmente, o dé vida, a una decisión o a una voluntad propia de hacer algo. Pero no acoge en su seno la acción de quien motiva o hace surgir en otro la decisión firme de realizar ese algo concreto, pues tal acción constituiría inducción y no cooperación.

12. En sentido parecido, MIR PUIG (DP PG, 1996, 407) al señalar que la doctrina española y el Tribunal Supremo parecen convenir en que no es preciso una propia causalidad condicionante del resultado, sino que basta para la cooperación un favorecimiento eficaz del hecho.

*socii*¹³. La insuficiencia de esta distinción, básicamente por descansar en sentimientos difícilmente cognoscibles y demostrables llevó a la elaboración de otras teorías que pudieran demostrar por un lado la diferencia entre autoría y participación, y por otro las diferencias existentes entre cooperación necesaria y complicidad -ocuparnos de las primeras desbordaría los objetivos de este estudio por lo que, sólo nos ocuparemos de las segundas- Así pues, expondremos **la teoría del acuerdo previo, teoría de la condición o de la necesidad en abstracto y en concreto, teoría del dominio del hecho y la teoría de los bienes y actividades escasas**; de todas ellas nos ocuparemos con detenimiento en el desarrollo de este trabajo.

Antes de entrar en el contenido de estas teorías conviene recordar que la doctrina entiende por cooperador necesario a quién coopera a la ejecución de un hecho con un acto sin el cual éste no se habría efectuado, en cambio, cómplice sería aquél que dolosamente, presta colaboración a otro para la comisión de un hecho antijurídico y doloso y que, no hallándose dentro del concepto de cooperación necesaria, coopera en la ejecución de un hecho con actos anteriores o simultáneos (art. 24,2 y 26 Pn)¹⁴.

La complicidad a diferencia de la cooperación necesaria viene a ser una especie de cooperación contingente, accidental, no necesaria, realizando actos periféricos auxiliares y secundarios, radicando el hecho diferencial en la necesidad o contingencia de la colaboración, opción que no siempre es fácil de concretar y que exige el establecimiento de criterios alternativos por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

Debe establecerse desde ya que el criterio diferenciador entre cooperación necesaria y complicidad, no debe limitarse simplemente a un criterio legal extraído del sentido literal de las normas en cuestión, ya que aunque pareciera claro que en la cooperación necesaria el cooperador debe

13. Conforme a estos criterios subjetivos se manejaba, además, las teorías del dolo y del interés, conforme a la primera autor es quien tiene *animus actoris*, con una voluntad autónoma e independiente, mientras que la voluntad del partícipe esta subordinada a la del autor -*animus socii*-. Conforme a la segunda el interés en el hecho es el que diferencia al autor del partícipe, ya que el autor realiza el hecho con un interés propio -*animus actoris*- mientras que es partícipe, actúa con un interés ajeno -*animus socii*-; críticamente, GONZÁLEZ RUS ("*Autoría única inmediata, autoría mediata*" en: CuadDJ, 1994, 67) quién considera que éstos criterios son fórmulas vagas, "lemas sin contenido", sin capacidad para proceder a la delimitación.

14. En este sentido, STRATENWERTH, DP PG, 1982, 269; HERRERO HERRERO, *Introducción al nuevo Código*, 1996, 98-99; MUÑOZ CONDE./GARCÍA ARÁN, DP PG, 1996, 464. A igual conclusión llega DÍAZ ROCA (DP, 1996, 254) pero desde un punto de vista negativo: cómplices serían todos aquellos que no son autores materiales, ni inductores, ni

contribuir con un acto sin el cual el delito no se habría realizado, y en la complicidad la colaboración debe ser menor, al grado de que sin ella el delito se realizaría de cualquier manera, en la práctica resulta muy complejo precisar tal diferencia, por lo que el Tribunal Supremo con frecuencia ha tenido que recurrir a teorías que aplicadas por separado o de forma unitaria, no han conducido a establecer la certeza requerida por estos temas, y por ello algunos autores han llegado a proponer la supresión de la cooperación necesaria como forma de participación distinta de la complicidad¹⁵.

La primera de éstas teorías es la llamada "**Doctrina jurisprudencial del acuerdo previo**", que básicamente consiste en afirmar que, cuando entre las distintas personas que intervienen en un delito existe un previo concierto, un acuerdo previo común para la comisión del mismo, todas ellas son autores del delito, prescindiendo del acto material de colaboración que cada una haya realizado.

Posteriormente, se desarrolló la "**teoría de la necesidad**", en la que lo decisivo es la eficacia de la cooperación, su necesidad y trascendencia en el resultado material de la infracción. Luego de muchas críticas se recurrió a la "**teoría del dominio del hecho**", para tratar de demostrar si el cooperador necesario tenía el dominio o señorío sobre el curso del delito, en cuyo caso habría que considerarlo como autor; de lo contrario sería un cómplice.

Ante la imposibilidad de que los criterios anteriores pudieran arrojar una solución pacíficamente aceptada, se elaboró la "**teoría de los bienes y actividades escasas**" conforme a la cual, habrá cooperación necesaria si el bien o actividad prestada era escaso, si por el contrario, el bien o la actividad era abundante habrá complicidad.

En tal estado de cosas pasaremos a apuntar algunas consideraciones y a desarrollar brevemente los criterios a los que la doctrina ha recurrido para determinar las diferencias existentes entre cooperación necesaria y complicidad.

1. Teoría del acuerdo previo

La idea central de la teoría del acuerdo previo no es ni mucho menos reciente, pues se remonta a la vieja noción del complot o conjura que dominó en Alemania durante los siglos XVIII y XIX. Esta noción de complot o conjura en el Derecho común convertía en coautores a todos los acordados o conjurados, independientemente de los actos realizados por cada uno de ellos.

¹⁵. En este sentido, Cerezo, Octavio de Toledo y Huerta Tocildo.

La Teoría del acuerdo previo también llamada "Doctrina jurisprudencial del acuerdo previo", ha sido mantenida desde hace mucho tiempo por el Tribunal Supremo español y, básicamente, consiste en afirmar que "cuando entre las distintas personas que intervienen en un delito existe un previo concierto, un acuerdo previo común para la comisión del mismo, todas ellas son autores (coautores) del delito, prescindiendo del acto material de colaboración que cada una haya realizado"¹⁶.

Respecto a la denominación de esta teoría, se ha señalado, y con razón, que no es del todo correcto hablar de doctrina del acuerdo previo, pues, desde hace mucho tiempo, el mismo Tribunal Supremo ha declarado que tal acuerdo no hace falta que sea previo, sino que puede ser instantáneo, tácito o expreso, por lo que, si la intención es darle un nombre común a esta teoría del Tribunal Supremo, bien podría llamársele *Teoría o doctrina del acuerdo mutuo o recíproco*¹⁷. En este sentido, siempre que varios sujetos concurran a la comisión del delito, teniendo conciencia cada uno de que actúa en conjunto con los otros, y queriendo actuar de ese modo, todos habrán de ser calificados como autores, con independencia de la aportación concreta que cada uno haya realizado.

Cuando se trata de encontrar la naturaleza de esta teoría, la mayoría de la doctrina considera que estamos ante una teoría subjetiva¹⁸ que trata de determinar de acuerdo a sus presupuestos quiénes son autores y a quiénes habrá que considerar como partícipes¹⁹, se parte entonces de la idea de que, *a priori*, se puede distinguir entre autores y partícipes, según que los sujetos actúen con acuerdo o sin él; al no requerirse en la práctica que el acuerdo sea previo, al admitirse que sea momentáneo, y al no exigirse tampoco que sea expreso, quedan en el marco de la complicidad únicamente aquellos casos en que un sujeto ayuda a otro u otros, sabiendo

16. Al respecto, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 349; el mismo, en: voz "*Autoría*", EJCiv, I, 1995, 695.; también, MIR PUIG, *DP PG*, 1996, 361; CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código*, 1972, 835.

17. Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 350.

18. Según DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, (*La autoría*, 1991, 354) sólo Córdoba habla de "criterio eminentemente objetivo". En cambio, los dos máximos estudiosos de la doctrina del acuerdo previo, Gimbernat Ordeig y Rodríguez Mourullo, no dicen que la misma sea una teoría subjetiva; pero la ubican muy cercana a éstas. En cambio, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (*Lecciones*, 1996, 246) la ubican como subjetiva.

19. Al haber sido creada como un criterio diferenciador entre autoría y participación, se infiere desde ya que no es un criterio válido para establecer diferencias entre dos formas de participación como son la cooperación necesaria y la complicidad, salvo que, como ha hecho el Tribunal Supremo español, observáramos en los casos de cooperación necesaria supuestos de autoría (concretamente de coautoría) con lo que el concepto de autor que se maneja se extiende en grado superlativo.

que lo hace y queriendo hacerlo, pero sin que el ayudado o los ayudados sepan nada de esta ayuda; de esta manera, el campo reservado a esta forma de participación queda limitado a los supuestos en que el auxiliador proceda autónomamente, por propia iniciativa, sin concierto con el ejecutor directo. En opinión de DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, tales supuestos son enormemente escasos en la práctica, pues en la mayoría de los delitos que se cometen, existe el dolo común a que queda reducida la exigencia del acuerdo. Por tanto -concluye-, en un porcentaje altísimo de supuestos, la aplicación de la doctrina del acuerdo previo convierte a todos los intervinientes en autores.

En sentido parecido, al antes apuntado, QUINTANO RIPOLLES ha señalado que si el Tribunal Supremo hubiese llevado hasta las últimas consecuencias su principio de que, independientemente de su actuación material, son autores los que obran con previo acuerdo, sería muy extraño que en la vida real se diese un caso de complicidad²⁰.

Desde otro punto de vista, sostiene GIMBERNAT ORDEIG²¹, que de acuerdo con esta teoría el Tribunal Supremo español, afirma que "eres coautor, porque estabas de acuerdo con los otros partícipes"; sin embargo, cuando se trata de calificar a alguien como cómplice, se olvida del acuerdo previo y no afirma: "tú eres cómplice, porque no te habías puesto de acuerdo con los otros delincuentes", sino que acude a otros criterios. Según este autor, la consecuencia de este proceder del Tribunal Supremo produce una "inseguridad jurídica insoportable", toda vez que, ante conductas idénticas, el Tribunal Supremo puede llegar a calificaciones totalmente distintas en dependencia de si en el caso concreto aplica o no la teoría del acuerdo previo, con lo que de entrada nunca se puede tener una cierta seguridad sobre la calificación que merecerá una conducta determinada.

Compartimos la idea de aquellos que señalan que la teoría del acuerdo previo es absolutamente criticable,²² ya que aunque el acuerdo significara disposición a realizar el tipo, no es lo mismo estar dispuesto a ello que realizarlo realmente; el acuerdo puede hacer más peligroso el hecho o puede ser un elemento de gran trascendencia para el mismo, pero ni la

20. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios*, 1966, 277. La referencia a la complicidad hecha por Quintano debe -en nuestra opinión- ser tomada en su sentido amplio y tradicional, es decir, como complicidad (cooperación) necesaria y no necesaria. En el mismo sentido, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, 1994, 435.

21. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 82-83.; siguiéndole, CUERDA RIEZU, "Estructura de la autoría en los delitos dolosos" en: SILVA SÁNCHEZ (Editor), *Fundamentos de un sistema europeo*, 1995, 289.

22. Por todos - y especialmente- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, voz "Autoría", *EJBCiv*, I, 1995, 695.

peligrosidad ni la necesidad o trascendencia de una conducta determinan la autoría, que es, en definitiva, hacia donde esta teoría nos conduce.

Desde 1966 cuando GIMBERNAT ORDEIG realizó un completo estudio de la doctrina jurisprudencial del acuerdo previo²³, se han producido por parte de la doctrina española un rechazo casi total de la misma²⁴, rechazo que incidió rápidamente en la jurisprudencia, observándose a partir de ese momento tres posturas, una continuista, otra negadora de la validez de esta teoría y una tercera que, sin renunciar al requisito del acuerdo previo exigen otros requisitos para afirmar la coautoría, abandonando de este modo la teoría del acuerdo previo.

Con relación a la postura continuista baste citar la STS de 10 de marzo de 1978, en la que todavía se sostiene la doctrina del acuerdo previo con bastante pureza, pues, pese a exigir que exista una actuación material externa, no tiene la menor importancia el carácter de la misma, al declarar:

"Como tiene reiteradamente declarado esta Sala, en copiosísima jurisprudencia que en aquellos casos en que dos o más personas se conciertan para la perpetración de un delito cualquiera, no es preciso que todas ellas tomen igualmente parte en todos cuantos pormenores exija su realización, sino que basta con que cada uno de los concertados contribuya directamente con actos exteriores al éxito del plan convenido, para que todos ellos sean considerados responsables del mismo delito, ya que, las diversas actividades o robos asignados a cada uno, se muestran como partes integrantes de la infracción proyectada en régimen de coautoría".

Más adelante, la jurisprudencia abandona la teoría del acuerdo previo al señalar que:

"...Superada la doctrina, legal y científica, según la que en orden a la codeinfluencia, basta la justificación de haber existido entre varias personas un previo acuerdo para la comisión de un delito, para que todas y cada una de ellas hayan de ser consideradas responsables penalmente del delito propuesto y ejecutado, en concepto de autores, cualquiera que haya sido su intervención

23. En GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966.

24. Con relación a la gran cantidad de autores españoles que desde 1966 han expresado su rechazo y crítica a esta teoría, véase ampliamente DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 361-362. En la misma línea, (QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios*, 1966, 267) señalando como "abusiva la arraigada práctica jurisprudencial de asimilar el previo concierto a la participación necesaria, ya que de esta forma se amplía tan desorbitadamente el ámbito de la coautoría que apenas si deja espacio para la complicidad, y que, por añadidura, carece de base dogmática, siendo recusable corruptela forense".

*material en la realización de los hechos delictivos porque el acuerdo de voluntades para cometer el delito origina responsabilidad "in solidum" para el resultado más grave para todos los que intervinieran, hoy es unánime el criterio que el acuerdo previo o "pactum scaeleris" es sólo elemento subjetivo, imprescindible y necesario en cualquier clase de participación, autoría o complicidad, por lo que es preciso el examen de la conducta objetiva del partícipe en la dinámica de la ejecución para decidir si es un coautor o un simple cómplice"*²⁵.

No obstante, al poco tiempo, el propio Tribunal exige otros requisitos para afirmar la coautoría o diferenciarla de los casos de cooperación necesaria y complicidad, sin renunciar al requisito del acuerdo previo, de la manera siguiente: "La doctrina del llamado acuerdo previo que atribuye la consideración de coautores a todos los que han intervenido en él, siendo indiferente la naturaleza ejecutiva, preparatoria o de simple ayuda de la participación material de cada uno en la realización del hecho, viene siendo superada por el más reciente criterio de la Sala al exigir, además del concierto delictivo (...), la influencia causal en el resultado, el dominio del acto, que para otros es la facultad de dejar correr o de detener la acción típica emprendida por los autores directos, o participación en el delito mediante la entrega de una cosa o un comportamiento escaso..."²⁶.

Como hemos observado, en los últimos años y cada vez con más frecuencia, la jurisprudencia española menciona el acuerdo previo no ya como la razón de ser de la coautoría, sino como un elemento más de la misma. A este acuerdo añade frecuentemente la exigencia de actos ejecutivos; otras veces exige simultaneidad con la ejecución o que el acuerdo vaya acompañado de una contribución necesaria, esencial e indispensable, o que esa contribución constituya un bien o aportación escasa o suponga dominio del hecho, dejando sin aclarar si estos criterios son acumulativos o alternativos con lo que, como se dijo, el Tribunal Supremo abandona de este modo la verdadera naturaleza del acuerdo previo.

Dado que -como anteriormente apuntamos- la teoría del acuerdo previo fue elaborada para tratar de determinar de acuerdo a sus presupuestos quiénes son autores y a quiénes había que considerar como cómplices, no representa un criterio válido para establecer diferencias entre el cooperador necesario y el cómplice, por más que quieran extenderse sus presupuestos o ampliar sus requisitos, produciendo más bien su desnaturalización, pero además -como señala VIVES ANTON²⁷ - representa una flagrante transgresión del principio de legalidad.

25. Consúltase, la STS de 27 de enero de 1983.

26. STS de 11 de febrero de 1983.

27. VIVES ANTON (Director), *Comentarios*, 1996, 284; en sentido parecido, pero señalando interpretación extensiva del art. 14 CP 1944/1973 por parte del Tribunal Supremo, CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, 1972, 836.

2. Teoría de la necesidad en abstracto y en concreto

Junto a la teoría del acuerdo previo un sector importante de la doctrina²⁸ optaba por recurrir a la teoría de la necesidad, también llamada por algunos autores, teoría de la *conditio sine qua non*, en la que lo decisivo era la eficacia de la cooperación, su necesidad y trascendencia en el resultado material de la infracción. Recurriendo a esta teoría se trataba de encontrar las diferencias existentes entre cooperador necesario y cómplice, es decir, que esta teoría se utilizaba para distinguir entre estas dos formas de participación en sentido estricto.

Al utilizar la teoría de la necesidad como criterio diferenciador entre el cooperador necesario y el cómplice se suele hacer desde dos sentidos diferentes: uno abstracto y uno concreto. La importancia de valorar el criterio de la necesidad bajo estos dos aspectos fue señalada por varios autores de la doctrina tradicional, en el entendido de que, el criterio abstracto obligaría a valorar si era o no posible que el hecho principal se hubiera llevado a cabo, bajo cualquier condición o circunstancia, sin la aportación del cooperador, mientras que la perspectiva concreta examinaría si el auxilio prestado por el cooperador condicionó la especial forma en la que el hecho se llevó a cabo, independientemente, que bajo otras circunstancias éste hubiera podido llevarse a cabo o no.

El Tribunal Supremo español al hacer uso de esta teoría mezclaba con frecuencia las dos perspectivas antes mencionadas; en este sentido, las sentencias del 28 de junio de 1963 y 4 de marzo de 1945 estiman que "...ha de examinarse dicha cuestión en abstracto, pero también, y sobre todo, en concreto". Señala la última de las sentencias que "la necesidad ha de apreciarse conjuntamente en abstracto y en concreto, pues tan cierto es que sin los actos realizados por la recurrente pudo hipotéticamente haberse llevado a cabo el aborto, no es de menos evidencia que en el caso de autos no se hubiera realizado en la forma que se verificó". Se trata entonces de emitir un juicio hipotético sobre las posibilidades del autor principal, contando y sin contar con la cooperación cuestionada, después de haber acaecido la acción y la cooperación, a fin de determinar si la cooperación era necesaria y, en caso de no serlo, castigar al partícipe como cómplice.

28. Sobre los autores españoles que se han referido a esta teoría como criterio diferenciador entre las dos formas de participación, véase ampliamente DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (*La autoría*, 1991, 537, nota 11) según él fue esta teoría la que motivó al legislador español al redactar el artículo 14,3 CP 1944/1973, hoy 28.2b CP 1995, al mismo tiempo que esta referencia legal hizo que a ella se refiriera buena parte de la doctrina tradicional española; en esta línea, QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios*, 1966, 266; CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, 1972, 872 s.

Cuando se hacía uso de la posición abstracta, para averiguar si una determinada conducta es o no condición necesaria del resultado, el juez debía tener en cuenta qué es lo que hubiera sucedido, hipotéticamente, suprimiendo mentalmente la actividad cuya necesidad se pretende determinar. Si el delito se hubiera ejecutado también, el comportamiento objeto de examen constituiría complicidad; si el resultado criminal no hubiera tenido lugar, el comportamiento sería de cooperación necesaria.

Atendiendo a la teoría de la necesidad en concreto (o de interpretación menos abstracta²⁹), para poder determinar si una persona es cooperador necesario o cómplice hay que ir al caso concreto y ver si en el terreno de las posibilidades del cooperador, en aquel supuesto especial, se comportó como *condición sine qua non* para la producción del acto delictivo. Lo importante entonces, es saber si en el caso concreto y real la conducta ha sido o no condición del resultado. En este sentido, -con un ejemplo de GIMBERNAT ORDEIG- condición necesaria de la falsedad sería la pluma, ya que tal como el delito tuvo lugar la pluma ha contribuido materialmente a la realización del mismo, y por tanto, la persona que ha aportado la pluma sería desde esta perspectiva cooperador necesario del delito.

Ya GIMBERNAT señalaba que los resultados a que llega la posición concreta nos muestran que ésta no puede ser correcta. Pues la diferencia entre cooperación necesaria y complicidad ha de ser una diferenciación material, es decir, que dado que la cooperación necesaria merece una pena superior que la complicidad, la cooperación necesaria tiene forzosamente que describir una conducta que sea más digna de castigo; encontrar tal diferenciación no puede ser posible recurriendo al criterio de que la cooperación necesaria es causal respecto del resultado y la complicidad no. En suma, se señala que el criterio de si el comportamiento ha sido o no condición del resultado tal y como se desarrolló, no refleja un criterio que fundamente una mayor reprochabilidad y, por ello, no puede ser correcto para establecer la diferencia que se busca.

Esta teoría es rechazable no sólo por aplicar criterios causales desde perspectivas distintas a la causalidad sino, también, porque al aplicarlos desde cualquier perspectiva recurre a criterios hipotéticos tales como ¿qué habría sucedido si A no hubiera actuado?, etc. Al margen de todo ello y al tratar de dar respuesta a esta pregunta nos encontraríamos con que si el criterio de la necesidad de la actuación se concibe en abstracto, ningún sujeto sería autor, pues en abstracto todas las contribuciones son reemplazables; por el contrario, si el criterio de la necesidad se concibe en concreto, todos los intervinientes serían autores, pues, el hecho en su concretísima configuración no se habría producido sin la colaboración de todos ellos.

29. Llamada así por GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 133.

En la misma línea, se expresa BUSTOS RAMÍREZ³⁰, para quién resulta difícil precisar el concepto de necesidad. Si se hace en abstracto -señala-, nunca hay una contribución necesaria, pues, siempre el hecho podría haberse llevado a cabo de otra manera; si se plantea en concreto, toda contribución es necesaria para la realización del hecho determinado. Con ello se concluye, que la concepción de la necesidad tanto en abstracto como en concreto más que ofrecer un criterio satisfactorio de diferenciación ubica la discusión en un terreno en donde la variedad de alternativas que se derivan redundan en incertidumbre.

3. Teoría de la necesidad referida al "sí" y al "cómo" de la ejecución en el caso concreto³¹

El punto de partida de esta teoría es la propia concepción que de la cooperación necesaria maneja la legislación penal, se dice entonces, que es cooperador necesario aquél que contribuye al hecho delictivo con un acto sin el cual el hecho no se habría ejecutado (art. 24,2 Pn), de este concepto legal se desprende que la actividad del cooperador es necesaria para la realización del hecho delictivo y que en consecuencia la interpretación no puede más que girar en torno al contenido y límites de esa necesidad, cuya verdadera dimensión sólo se consigue si el juicio de interpretación se realiza teniendo en cuenta el criterio que atiende al hecho concreto en el que la necesidad puede referirse al "sí" y al "cómo" de la ejecución.

Esta matización de la teoría de la necesidad consiste en dar por supuesto que el auxilio fue necesario para que el hecho fuese realizado en la forma concreta en que se ejecutó, y se trata de averiguar si, en las particulares circunstancias históricas en que se encontraba el autor principal, el hecho se hubiere efectuado también aunque la ejecución revistiese forma diferente sin la cooperación prestada.

Es cierto -reconoce RODRÍGUEZ MOURULLO- que con la fórmula anterior se recurre a un juicio hipotético tan ampliamente criticado³², pero no es menos cierto que la referencia al mismo se deriva del texto penal, cuya aplicación implica inevitablemente la formulación de un juicio hipotético, que hace vano cualquier intento de evitarlo, pues, el texto del artículo citado obliga a preguntarse lo que habría sucedido (si el hecho se habría efectuado o no) sin el acto del cooperador. Así pues, a juicio del

30. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, 1994, 448; en el mismo sentido, QUINTERO OLIVARES, *Curso*, 1996, 490; MUÑOZ CONDE./GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 1996, 464.

31. Tesis mantenida por RODRÍGUEZ MOURULLO, en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, 1972, 872-876.

32. Por todos, GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 152.

citado autor la interpretación del artículo 24,2 Pn, debe moverse en relación con el objeto y límites de ese juicio hipotético, pero no se puede prescindir de él porque ello equivaldría a desconocer la ley que se pretende interpretar³³.

Se trata pues, de un juicio hipotético *a posteriori* que versa sobre las posibilidades del autor principal en un momento histórico concreto. Si el autor hubiera tenido que renunciar a la ejecución o, al menos, aplazarla en espera de conseguir una colaboración equivalente o de que un cambio de circunstancias no hiciera precisa la cooperación ajena, el auxilio es necesario. Si el autor podía realizar el hecho -aunque fuese recurriendo a una forma concreta de ejecución distinta- en la misma ocasión en que lo realizó sin el concurso del cooperador ni otro equivalente, el auxilio no es necesario. Lo que decide son, pues, las posibilidades que el autor tenía en el momento concreto para lograr la ejecución en sí -cualquiera que fuese su modalidad- prescindiendo de la colaboración ajena.

Al igual que a la teoría general de la necesidad se objeta a esta teoría el recurrir a los por lo demás rechazados juicios hipotéticos que, como anteriormente señalamos, generan una variedad de alternativas que no permiten concretizar si en realidad la aportación prestada era o no necesaria. Sin embargo -como señala su defensor- la particularidad de este criterio es que el juicio hipotético que se formula *a posteriori* no se refiere al mundo sin confines y al tiempo sin límites, sino al recortado mundo del autor en un momento concreto, es decir, que debe tomarse en cuenta las posibilidades reales del autor en una concreta coyuntura histórica con lo que, el juicio sobre la necesidad de la aportación reduce las alternativas a aquellas que en la concreta situación pudieron objetivamente producirse y no lo que hubiera podido suceder en el futuro³⁴.

4. Teoría del dominio del hecho

La teoría del dominio del hecho, elaborada para establecer criterios que pudieran diferenciar los distintos tipos de autoría considera que "es autor el que domina el hecho delictivo, el que con su actuación decide el sí y el cómo

33. CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, 1972, 873, nota 11.

34. CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, (*Comentarios*, 1972, 876) agregan que igual cosa sucede cuando "en los casos de relación de causalidad el Tribunal declara que la herida inferida es causa de la muerte, porque sin ella ésta no se hubiera efectuado, dando por supuesto que tal juicio se refiere al momento histórico en que se produjo la muerte, porque lógicamente no es posible excluir que otras causas produjesen el fallecimiento en instantes posteriores y, en todo caso, al Tribunal le consta que la muerte necesariamente se hubiera producido en el futuro".

de la producción del delito, dirige el proceso que desemboca en dicha producción³⁵; su origen se ubica en el finalismo y en su tesis de que en los delitos dolosos es autor quien domina finalmente la ejecución del hecho.

Según QUINTERO, bajo la teoría del dominio del hecho, autor sería "la persona que consciente y dolosamente controla el desarrollo del hecho, que tiene el dominio o señorío sobre el curso del mismo, dominio que se manifiesta en lo subjetivo por que lo orienta a la lesión de un bien jurídico y, en lo objetivo porque goza del poder de interrumpir en cuanto quiera el desarrollo del hecho"³⁶.

El primer defensor de la teoría del dominio del hecho fue WELZEL y el principal impulsor de la misma ROXIN. Para WELZEL lo decisivo en la teoría del dominio del hecho es la realidad objetiva de que el dominio del hecho es realmente obra del autor. Esta realidad objetiva depende también de momentos subjetivos, en concreto del dominio final del hecho. Con tal afirmación el carácter de la misma se tornaba mixto, es decir, objetivo-subjetivo.

Por su parte, ROXIN ha elaborado lo que en opinión de DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, es la más amplia, influyente y elaborada teoría del dominio del hecho, para él, el dominio del hecho puede expresarse en tres formas: como dominio de la acción en la autoría inmediata unipersonal, como dominio de la voluntad en la autoría mediata y como dominio funcional en la coautoría. En este sentido, tendrá el dominio de la acción aquel que sin estar coaccionado, y sin depender de otro más allá de lo socialmente habitual, realiza de propia mano todos los elementos del tipo; por consiguiente, es autor inmediato, pues tiene en todos los casos imaginables el dominio del hecho. Como dominio de la voluntad el autor mediato no tiene el dominio de la acción, es decir, un dominio fundamentado en la ejecución inmediata de una acción, sino que tiene el poder de la voluntad conductora, en otras palabras dominio de la voluntad ajena que ejecuta la acción. El dominio funcional en la coautoría se hace referencia al dominio del hecho condicionado por la actividad en tanto la realización del plan global evidencia la necesaria intervención de todos y cada uno de los intervinientes, de tal manera que el plan global sólo puede realizarse en cuanto actúen conjuntamente; por eso todos poseen el dominio (funcional) del hecho, pues cada individuo puede, retirando su aportación al hecho, desbaratar el plan global³⁷.

35. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 547

36. QUINTERO OLIVARES, *Curso*, 1996, 478.

37. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 551 ss.

La teoría del dominio del hecho elaborada para tratar problemas de autoría, fue aplicada por vez primera a temas de participación por GIMBERNAT quien con ayuda de ella intentó resolver los problemas planteados por la cooperación necesaria. Dicha aplicación tenía por objeto el tratar de determinar si el sujeto que proporciona la maquinaria o la tinta para falsificar los billetes de banco, el que vigila en el robo, el que facilita una habitación de su casa para que ahí se practique un aborto, o el que da la gasolina para el incendio, o las ganzúas para abrir la puerta, etc. tiene el dominio del hecho, porque si así lo es -argumenta- habrá que considerarlo como cooperador necesario y, por tanto, aplicarle la pena que le correspondería al autor, pero si, por el contrario, no tiene el dominio del hecho habrá que considerarlo como simple cómplice.

La pretensión anterior no es ni mucho menos antojadiza, pues, parece factible decir que lo expresado por el artículo 24,2 Pn, es la conducta de un sujeto que tiene el dominio del hecho, y por tanto, no sería absurdo llegar a tal consideración en el sentido siguiente: "si el cooperador realiza su acto, el hecho delictivo se produce; sino, no; esto es, lo tiene en sus manos, sabe que si actúa habrá delito y que si no actúa no lo habrá; es decir, domina el hecho, coloca una condición decisiva de la que depende que el hecho se produzca o no se produzca"³⁸.

La afirmación anterior enfocada de la manera que lo hace GIMBERNAT no nos conduce- como el mismo reconoce- a la conclusión que la teoría del dominio del hecho pueda servir para determinar en el caso concreto si la conducta examinada es de cooperación necesaria o de complicidad; y más aún, añadiría LUZON PEÑA, porque se basa en un dominio negativo del hecho fuertemente rechazado por la doctrina³⁹.

La teoría del dominio del hecho es un criterio plástico excelente y quizá el mejor del que haya dispuesto la dogmática penal para resolver el problema del autor mediano⁴⁰, pero no es un criterio válido para establecer diferencias entre las dos formas de participación que nos ocupan.

RODRÍGUEZ RAMOS⁴¹, tratando de interpretar este criterio señala que la conducta del partícipe sería de cooperación necesaria cuando teniendo el

38. GIMBERNAT ORDEIG, Autor y cómplice, 1966, 123.

39. LUZÓN PEÑA, "La determinación objetiva del hecho", en: EPen, 1991, 205-206, nota 22; siguiéndole, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, la autoría, 1991, 669.

40. Para mayor detalle, véase, GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 136.

41. RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio*, 1986, 254.

dominio del hecho se es capaz de impedir o interrumpir de no aportar su colaboración la ejecución de la conducta típica; por el contrario, si tal dominio no existe, la conducta sería de simple complicidad. Debe decirse, siguiendo a MIR PUIG, que el poder de interrupción no puede bastar para afirmar que con él se tiene el dominio del hecho, pues tal poder lo tendría también un tercero ajeno al delito y que por casualidad se encontraba en el lugar de comisión del hecho delictivo⁴².

Para algunos autores como DEL ROSAL BLASCO⁴³, -apoyándose en criterios de COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN-, la teoría del dominio del hecho, es un criterio que resulta enormemente impreciso para definir la autoría, tal criterio origina un problema imposible de salvar, porque, interpretada rigurosamente resultaría inaplicable, pues el hombre nunca llega a dominar el curso de los acontecimientos; por el contrario, entendida en su sentido amplio, podría predicarse de cualquier clase de acción voluntaria, pues todas ellas suponen un cierto dominio del hecho. Al margen de analizar la veracidad de estas afirmaciones, podemos entender por extensión que si tal conducta les parece inaplicable para encontrar criterios de fundamentación de las diferentes formas de autoría, mucho más lejana estará la posibilidad de que encuentren en ella un criterio válido para diferenciar entre cooperación necesaria y complicidad.

En conclusión, hay que decir que, si bien la teoría del dominio del hecho ha de servir para caracterizar la autoría en sentido estricto, es incorrecto acudir a ella para determinar cuándo se da un supuesto de participación, como es la cooperación necesaria, y aunque probablemente sirva para explicar por qué determinados casos son de cooperación necesaria (o de otra forma de participación) y no de verdadera coautoría, difícilmente servirá para determinar por qué determinados supuestos son de cooperación necesaria y no de complicidad, ya que en ninguna de las dos formas de participación el interviniente posee el dominio del hecho que -como se dijo-, pertenece al autor o autores del delito.

42. En este sentido, MIR PUIG, *DP PG*, 1996, 365, 386 ss.; QUINTERO OLIVARES, *Curso*, 1996, 478; GONZÁLEZ RUS, "*Autoría única inmediata, autoría mediata*" en: CuadDJ, 1994, 84.

43. DEL ROSAL BLASCO, "*La inducción y la complicidad*", 1994, 219.

5. Teoría de los bienes y actividades escasas⁴⁴

Habiendo descartado la teoría del acuerdo previo, la teoría de la necesidad y la teoría del dominio del hecho⁴⁵, sin encontrar un criterio satisfactorio que permita establecer diferencias claras y precisas entre las dos figuras que nos ocupan, se hacía necesario como señala GIMBERNAT el desarrollo de un nuevo criterio basado en circunstancias materiales, de ahí que desarrolló su teoría sobre los bienes o actividades escasas, conforme a la cual, hay que prescindir de la realización de juicios hipotéticos, partiendo de la idea de que la contribución constitutiva de cooperación necesaria ha de resultar de especial importancia -por ello se le impone una pena mayor que la del simple cómplice- tal como se deduce del tenor literal del art. 24,2 Pn.

De tal forma, que el lenguaje de la ley coincide con el lenguaje corriente: cuando se dice que sin esto no se habría podido hacer lo otro, no significa que no se habría podido realizar de otro modo, sino que se realizó gracias a la aportación hecha -en ese momento- porque era difícil de conseguir por tratarse de un bien o actividad escasa.

Para definir cuál es el contenido del concepto de escasez y cuáles los factores que lo determinan se debe tener en cuenta si la aportación escasa consiste en un bien o en una actividad al tiempo que debemos partir de un juicio general y provisional, que aplicado al caso concreto permitirá llegar a un juicio definitivo en el que se determine si el bien o la actividad aportada era o no escasa, porque de ser escasa habrá que decir que estamos ante un caso de cooperación necesaria, de lo contrario, el caso sería de simple complicidad.

5.1. Criterio de la escasez en atención a los bienes aportados

Desde el punto de vista general, no son bienes escasos, p.ej. un cuchillo, un bolígrafo, una medicina que se puede conseguir sin receta, cerillas, etc. por lo que provisionalmente, se puede decir, que se trata de bienes "no escasos". Esta calificación provisional -que opera sólo con factores de carácter general- se convierte en definitiva, cuando además de examinar los factores generales un segundo juicio examina la cuestión de la escasez teniendo en cuenta los factores especiales que concurren en la persona

44. La formulación de esta teoría la encontramos en la obra monográfica de GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, 1966, 151-204.

45. La primera de ellas por extender gravemente el concepto de autor de tal forma que no daría lugar a formas de participación, la segunda porque tanto la concepción abstracta como la concreta conducen a extremos insalvables y la tercera porque bajo ninguna circunstancia el partícipe puede llegar a tener el dominio del hecho.

específica que recibe la cosa y las circunstancias de tiempo y lugar concretas. Así, p.ej. un bolígrafo utilizado como instrumento para falsificación de un documento puede ser un bien abundante en las grandes urbes, pero un bien escaso para el falsificador si éste se encuentra en un pequeño poblado de la selva africana⁴⁶.

El principio de que la contribución al resultado delictivo con un bien escaso constituye cooperación necesaria tiene -según GIMBERNAT- fundamento material, pues está plenamente justificado que el que contribuye con la dinamita -bien escaso- para hacer estallar una caja fuerte reciba una pena mayor (art. 24,2 Pn) que el que se limita a proporcionar la caja de cerilla -bien abundante, normalmente- con la que se hace estallar el explosivo (art. 26 Pn). En este proceso de constatación de la escasez de un bien se rechaza cualquier consideración hipotética, -¿qué habría sucedido si no hubiese entregado la cosa?- ya que se trata de saber si el bien con el que se ha contribuido era o no un bien escaso para el autor de la conducta delictiva. Esto es importante porque la disposición de un bien abundante para la realización de un hecho no constituye una cooperación necesaria para alcanzar el fin previsto sino, más bien, complicidad.

En este sentido, lo único que debe ser tenido en cuenta para decidir si una contribución constituye cooperación necesaria o mera complicidad, es el hecho de haber entregado la cosa, siendo consciente de las dificultades que el ejecutor tenía para obtenerla (cooperador necesario), el haberla entregado sabiendo que su obtención no representa un serio problema para el autor material (cómplice); esto y sólo esto -afirma GIMBERNAT- es lo que decide sobre la mayor o menor reprochabilidad de la conducta, consiguiéndose de esta manera una justa calificación de la actividad del partícipe.

46. Este proceso de verificación sobre la escasez de un bien o una actividad también lo encontramos en otros ejemplos que GIMBERNAT cita en su obra (Autor y cómplice, 1966, 155), y dice:

"También se puede considerar bienes escasos una pistola, una máquina para falsificar billetes, una medicina que requiera prescripción médica para obtenerla y en resumen, cualquier objeto que tenga un precio elevado, o cuya obtención, por el motivo que sea, presenta serias dificultades. Provisionalmente, se puede decir que la entrega del cuchillo, el bolígrafo, cerillas al autor material de la conducta delictiva, constituye complicidad. En cambio, la de la pistola, de la máquina o del medicamento que se vende sólo con recetas, constituye cooperación necesaria. Si A proporciona a B un veneno cuya venta sólo está permitida con receta -bien escaso-, esto será, en principio, una cooperación necesaria, para el asesinato que B quiere cometer. Pero dejará de serlo si se demuestra que B era un farmacéutico que tenía en su tienda el veneno que necesitaba -bien abundante-. Del mismo modo, la entrega de una pistola -que en general es un bien escaso- es sólo una conducta constitutiva de complicidad si el que la recibe tiene ya una pistola en su casa que funciona perfectamente".

5.2. Criterio de la escasez en atención a la actividad prestada

Si la contribución al hecho delictivo consistente en una actividad, ésta debe reunir determinados requisitos a saber:

- a) *La conducta prestada debe tener un inequívoco carácter criminal*, en consecuencia, será abundante toda actividad que no tiene inconveniente en llevar a cabo cualquier persona cuidadosa⁴⁷. Por el contrario, es inequívocamente criminal aquella que por serlo el ciudadano corriente no está dispuesto llevar a cabo y, por tanto, al ser escasa es constitutiva de cooperación necesaria⁴⁸.
- b) *La conducta debe haber sido causal para el resultado*, este segundo requisito supone una limitación al primero, pues habrá cooperación necesaria sí y solamente sí la conducta -inequívocamente criminal- prestada es condición del resultado, es decir, que sea condición para la realización del hecho delictivo con independencia del resultado material que del hecho se produzca. Lo anterior significa, que es la propia actividad prestada la que condiciona que el delito se realice, acontecimiento que sin ella no tendría lugar, por tanto, es para el autor del delito una cooperación que necesita para el logro de sus fines.

Si la aportación realizada no hace más que fortalecer la decisión delictiva ya tomada que, por otra parte, se llevaría a cabo de cualquier manera, constituye únicamente complicidad. Comprobar si la conducta ha sido causal para el resultado y, por tanto, constitutiva de cooperación necesaria, requiere investigar cuál ha sido la concatenación de los hechos en la realidad, cuál era el grado de decisión del autor y qué influencia material ha tenido la ayuda prestada sobre el ánimo del ejecutor.

- c) Para que haya cooperación necesaria la conducta de inequívoco carácter criminal, además de ser condicionante del resultado *ha de suponer dadas*

47. El criterio de la conducta que un hombre cuidadoso no tiene inconveniente en llevar a cabo es para Gimbernat un criterio decisivo.

48. Por ejemplo, no es claramente criminal, "el trasladar en automóvil al delincuente al lugar del delito; pues ocultando las intenciones delictivas, tenemos a nuestra disposición taxis y otros medios de transporte que nos llevan al punto que determinemos. Por ello, el partícipe que, con conciencia de la finalidad del viaje, lleva a cabo tal conducta no coopera necesariamente, es sólo cómplice; en cambio, es cooperación necesaria la vigilancia mientras otros roban, pues el ciudadano corriente no está dispuesto a llevar a cabo una actividad tan claramente criminal". Véase, GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 168.

las circunstancias del caso concreto la remoción de un obstáculo importante, de modo que sin tal colaboración el delito no se hubiera podido realizar⁴⁹.

Resumidamente, el criterio de la escasez - de bienes o actividades- determina que hay cooperación necesaria si lo que se aporta es un bien o actividad escaso; hay complicidad cuando se aporta un bien o actividad abundante. Es decir, que el criterio diferenciador entre cooperación necesaria y complicidad -con la que comparte el carácter no ejecutivo de la acción- se establece en atención a la importancia efectiva (no hipotética) de la aportación desde el punto de vista de la escasez, lo que hace que dicha aportación sea difícilmente sustituible.

6. Toma de posición

De todos los criterios interpretativos que hemos expuesto, está claro que los referidos al acuerdo previo, a la necesidad en sentido general y el dominio del hecho no pueden ser aceptados por conducir a soluciones incapaces de concretizar de forma clara y precisa la diferenciación que hemos tratado de encontrar, más aún, amplían significativamente el concepto de autor que tanto la doctrina como la legislación convienen en restringir.

Lo cierto, es que la teoría de los bienes escasos es, como teoría general, un criterio plástico muy importante a través del cual se podrían resolver buena parte de los problemas que a este respecto se han planteado, sin embargo, debemos tener en cuenta que la ley (art. 24,2 Pn), no limita sus requisitos a que se demuestre si una aportación (se trate de bienes o actividades) es escasa o no, en realidad -como ha señalado LUZÓN PEÑA⁵⁰- la ley requiere más que eso, requiere que se demuestre si la aportación realizada era o no necesaria para la realización del delito, por tanto, un acto importante e imprescindible para la consecución de los fines delictivos por parte del autor.

Por otra parte, puede que en el caso concreto la contribución aunque escasa, no sea necesaria al grado de que sin ella el delito se hubiera realizado de cualquier manera, piénsese p.ej. en el homicida (en sentido general) que recibe de un tercero una pistola para matar a otro mientras éste se encuentra dormido,

49. De modo general, se suele decir, que un particular encuentra serias dificultades para conseguir que otra persona le ayude con una conducta claramente criminal, por eso, el que colabora con un comportamiento de este tipo le resuelve un problema de difícil solución, es por ello, una conducta de cooperación necesaria.

50. Opinión expresada en el Curso de doctorado sobre "La participación en el delito II", realizado en la Universidad de Alcalá, el 3 de abril de 1997, Madrid, España.

acontecimiento que también hubiera realizado acuchillándole o estrangulándole.

De modo que, para comprobar si una cooperación era o no necesaria, no queda otro camino que el recurrir a ese juicio hipotético que por otro lado, es el que exige la ley, pues obliga a preguntarse sobre la necesidad o no de la cooperación en el caso concreto; tiene razón pues, RODRÍGUEZ MOURULLO cuando señala que la remisión a un juicio hipotético puede ser indeseable, pero no es caprichosa, ya que viene impuesta por el mismo 24,2 Pn.

El juicio sobre la necesidad del bien o la actividad aportada debe de tomar en cuenta, además de la escasez de los bienes y actividades, las circunstancias del caso concreto referidas al lugar, tiempo⁵¹, modo de ejecución y posibilidades del autor en el terreno de los acontecimientos, es decir que lo aportado además de ser escaso debe de ser necesario para el sí y el cómo de la ejecución del hecho en la situación histórica concreta.

De opinión parecida es MIR PUIG, para quién las dos perspectivas (la de la escasez y de la necesidad referida al sí y al cómo de la ejecución) pueden matizarse, porque por otro lado, apuntan a dos aspectos distintos del problema, "el criterio de la escasez, es útil para auxiliar a decidir si la aportación se presentaba *ex ante*, ante los ojos del espectador objetivo, atendido el plan del autor, como *condicio sine qua non* de la realización del tipo. Pero lo decisivo es en cualquier caso, según impone la fórmula del art. 24,2 Pn, la constatación (por aquél o por otro medio) de que *ex ante* apareciera la cooperación como necesaria"⁵².

El Juez, al momento de realizar el juicio sobre la necesidad o no de la aportación en el caso concreto debe ser muy estricto en el análisis de los hechos, en consecuencia, tener la certeza⁵³ que la cooperación en el caso

51. Como señala LUZÓN PEÑA, (Curso de doctorado sobre "La participación en el delito II") "... en el caso de los bienes escasos, cuanto más distante esté en el tiempo el momento de la realización del hecho delictivo más posibilidades habrán de entender complicidad, por el contrario, cuando la aportación escasa está más cerca del momento de la comisión del delito es más necesaria y decisiva".

52. MIR PUIG, *DP PG*, 1996, 405.

53. Como señala RODRÍGUEZ MOURULLO, "*La presunción legal de voluntariedad*", en: ADPCP, 1965, 47, "... la certeza que se requiere no es una *certeza absoluta*, cuya exigencia paralizaría prácticamente la jurisdicción penal (...), sino que basta con la *certeza subjetiva del juez*" (cursiva en el original).

concreto fue necesaria para la realización del delito, en caso de duda sobre los hechos y el valor de la aportación realizada debe el juez -en aplicación del principio pro reo- apreciar complicidad⁵⁴.

III. La distinción entre cooperación necesaria y coautoría

1. Coautoría. Concepto

De la misma manera que al inicio de este trabajo expusimos las definiciones de cooperación necesaria y complicidad, ahora daremos un concepto de coautoría del que partiremos para tratar su diferencia con la cooperación necesaria, sin olvidar que la cuestión de la coautoría, es, sin duda, uno de los problemas de mayores dificultades dentro de la teoría de la autoría.

El nuevo artículo 23 del Código penal establece que: "*Son autores directos quienes realizan el hecho típico por sí solos, coautores, quines conjuntamente realizan el delito y autores mediatos, quienes realizan el delito por medio de otro que actúa como instrumento. De las faltas solo son responsables criminalmente los autores*". Haciendo referencia a la autoría inmediata individual -también llamada directa,- coautoría y autoría mediata; la mención de la realización conjunta del hecho (coautoría) es novedosa pues la regulación anterior no proporcionaba un criterio expreso para establecer cuándo un delito ha sido cometido conjuntamente y cuándo la realización de una parte del mismo es fundamento suficiente para la imputación de la totalidad del hecho, por ello, la mayoría de los autores habían defendido la necesidad de un reconocimiento legal explícito de la coautoría⁵⁵.

La coautoría supone la autoría de un conjunto de personas, ninguna de las cuales por sí sola resulta autora del hecho; cuando hay varios autores, pero cada uno de ellos cumple en sí individualmente los requisitos de autoría, se dice que estamos ante un caso de pluriautoría, que no es lo mismo que la coautoría propiamente dicha.

54. De la misma manera, se expresa GÓMEZ BENÍTEZ ("*El dominio del hecho en la autoría*", en: ADPCP, 1984, 129), para quién el juez al enjuiciar la conducta debe, ponerse en el lugar del autor y responder si lo que está haciendo el cooperador se presenta como necesario -escaso absolutamente- para aquél. Esta respuesta el juez sólo la puede dar, bien comparando la situación real con la hipotética al resultado delictivo pretendido según su convicción y la reconstrucción judicial *ex ante* del hecho; o bien puede formular la respuesta no hipotéticamente. Tras el juicio general y provisional sobre el carácter "escaso" de un bien, la afirmación definitiva de dicha "escasez", en el caso concreto, se deduce porque *ex ante* es condición necesaria para el autor en relación con el resultado.

55. Por todos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 470, nota 193; también en: "*Autoría y participación*", La Ley, 1992/2, 1032, nota 14.; el mismo, "*Autoría*", La Ley, 1996/2, 1190-1193.

Una vez aclarada esta diferencia, cabe definir la coautoría como la determinación (o dominio) positiva conjunta o compartida del hecho; así pues, es coautor el que realiza la acción típica nuclear compartida con otras personas, esto supone la existencia de acuerdo y reparto de funciones o acumulación de esfuerzos entre los intervinientes"⁵⁶. En este sentido, el coautor es un verdadero autor, porque realiza, con otros, un hecho propio y no ajeno.

La coautoría también puede definirse como la intervención de varias personas en un hecho delictivo, es un supuesto de participación en sentido amplio, pero se diferencia de la participación en sentido estricto en que en tanto la participación es cooperación en un hecho ajeno, la coautoría es realización del hecho propio, por ello, no le alcanza el principio de accesoriadad característico de las formas de participación en sentido estricto⁵⁷.

2. Teoría o doctrina jurisprudencial del acuerdo previo o simultáneo

La posición jurisprudencial en torno a la interpretación del art. 23 Pn, se caracteriza por la confusión tanto terminológica como conceptual. Buena parte de la doctrina y, específicamente, GIMBERNAT, RODRÍGUEZ MOURULLO y DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO -que han estudiado profundamente esta doctrina jurisprudencial- coinciden en que la principal conclusión que se obtiene del estudio de las sentencias del Tribunal Supremo es la confusión, la ausencia de fundamentación y la inseguridad jurídica⁵⁸.

Como señalamos anteriormente, el Tribunal Supremo español ha aplicado durante mucho tiempo -actualmente en forma más moderada- la llamada "Doctrina del acuerdo previo", conforme a la cual se consideraban autores (coautores) a todos los intervinientes en un hecho delictivo independientemente de su cooperación material siempre que hubiese existido entre ellos acuerdo previo o simultáneo a la ejecución e incluso no exigía que éste fuera expreso.

Respecto a esta interpretación la doctrina mayoritaria entiende que si bien es cierto que el concierto entre varias personas para realizar un hecho delictivo puede hacer más peligroso el hecho o puede ser un elemento de gran

56. Concepto restrictivo que en lo general compartimos con DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, voz "*Autoría*", EJCiv, I, 1995, 708.

57. RODRÍGUEZ MOURULLO en: CÓRDOBA RODA / RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, 1972, 822.

58. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, 1966, 82-83; RODRÍGUEZ MOURULLO en: CÓRDOBA RODA / RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, 1972, 836-837; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 221.

trascendencia para el mismo, lo cierto es que ni la peligrosidad ni la trascendencia de una conducta determinan la autoría. Sin embargo, el Tribunal Supremo en algunas sentencias se olvida de su criterio y castiga como cómplice a un sujeto acordado, porque le parece más justa la calificación⁵⁹; por otra parte, está claro que se puede ser autor sin acuerdo como sucede en los casos de autoría accesoria que no es verdadera coautoría⁶⁰.

En este sentido, hay que decir, que la jurisprudencia sobre autoría y participación ha sido bastante criticable por su falta de criterio, pues, al recurrir a todos sin distinción ni preferencia produce una extensión del concepto de autoría, al punto de llegar a considerar autor -moral- al inductor (art. 24,1 Pn), cuando su consideración como partícipe es admitida de forma unánime por la doctrina.

En los últimos años esta posición ha ido cambiando notoriamente, encontramos que muchas sentencias se oponen a la aplicación de este criterio o toman el acuerdo previo en sentido más amplio, es decir, como elemento necesario pero no suficiente de la coautoría, lo que resulta más correcto y justo desde el punto de vista de justicia material. Este dato es positivo, ya que de esta manera se va dando entrada a criterios cuyo desarrollo científico es relativamente muy reciente y a los que hace no muchos años no mencionaba para nada, tales como el dominio del hecho y, parcialmente, la teoría de los bienes y actividades escasas.

59. La doctrina española rechaza casi unánimemente esta teoría. GIMBERNAT ORDEIG (*Autor y cómplice*, 1966, 82) en su obra manifiesta que la teoría del acuerdo previo no sólo es falsa en su fundamentación; también lo es en los resultados a que llega. Tan absurdos son éstos que el primero en no creer en su propia doctrina es el Tribunal Supremo.

Al respecto, Díaz y García Conlledo coincide con las observaciones hechas por Gimbernat, quien constata que la propia jurisprudencia, cuando quiere calificar a un sujeto como cómplice, se olvida de su teoría del acuerdo, y le califica de tal, aunque exista dicho acuerdo. En definitiva, el Tribunal Supremo al aplicar esta teoría afirma: "eres coautor, porque estabas de acuerdo con los otros partícipes" y cuando se trata de calificar como cómplice, no afirma: "tú eres cómplice, porque no te habías puesto de acuerdo con los otros codeincentes" sino que acude a otros criterios. La consecuencia de este modo de proceder es "una inseguridad jurídica y una lesión al principio de justicia". Véase, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, voz "*Autoría*", EJBCiv, I, 1995, 695.

60. Según GONZÁLEZ RUS, (*"Autoría única inmediata, autoría mediata"* en: CuaDJ, 1994, 122) "*la autoría accesoria* se produce, cuando dos o más sujetos, actuando cada uno por sí e independientemente de los demás, producen un resultado típico; aunque hay objetivamente una cooperación en la producción del resultado, falta el acuerdo entre ellas que permitiría hablar de coautoría"; por su parte, MIR PUIG (*DP PG*, 1996, 388) nos ilustra con un ejemplo, "... si A sabe que B ha vertido una cantidad claramente insuficiente de veneno en la bebida de C y añade lo necesario para matarle sin que B lo sepa, no existe coautoría en sentido estricto de A y B; A es autor individual de un asesinato y B debe responder de una frustración si falta la imputación objetiva del resultado". También, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, voz "*Autoría mediata, coautoría*", EJBCiv, I, 1995, 709.

Son aplicables en este caso los comentarios que en apartados anteriores realizáramos al referirnos a esta teoría, queda solamente agregar que la teoría del acuerdo previo no aporta ningún elemento que pueda diferenciar coautoría de cooperación necesaria pues, como sabemos, es difícilmente probable que en la realidad se dé una cooperación necesaria sin acuerdo con el autor o autores del hecho delictivo⁶¹, más bien -aplicando este criterio-, la comunicación que entre autor y partícipe se da en la mayoría de los casos de la vida real les convertiría en coautores del delito producido, con independencia de la aportación que cada uno haya realizado.

3. Teoría del dominio del hecho

Aunque existe unanimidad en la doctrina en cuanto a considerar la complicidad como forma de participación, en lo que respecta a la cooperación necesaria hay un grupo de autores que creen que algunos cooperadores necesarios, son coautores⁶² -cuando tienen dominio funcional del hecho-, y otras veces partícipes -cuando no poseen tal dominio- e incluso alguno sostiene que lo son todos. Sin embargo, ya veremos que esto es más que discutible, porque el cooperador necesario, actúe o no acordado y actúe o no en la fase ejecutiva, es partícipe siempre.

La teoría del dominio del hecho -absolutamente dominante en Alemania⁶³ y defendida cada vez por un mayor número de autores españoles- considera autor a quien domina el hecho, es decir, quien con su actuación decide o tiene en sus manos el sí y el cómo del acontecer típico, proceso que desemboca en la producción del delito.

La teoría del dominio del hecho ha desempeñado un papel muy importante en el desarrollo de la teoría de la autoría y la participación. Sin embargo, ha sido objeto de muchas críticas, entre las que se suele citar el hecho de que en algunas ocasiones parte de figuras extrajurídicas de las que se extrae

61. El caso extremo es el del sujeto que sabe que otro u otros están realizando un delito y contribuye a él por su propia iniciativa.

62. En este sentido, Córdoba Roda; Roxin; Cerezo Mir; Gómez Benítez; Mir Puig; Bacigalupo; Muñoz Conde; entre otros. Una exposición detallada sobre la posición de todos la encontramos en: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 743 s.

63. Desde la perspectiva de los defensores de la teoría del dominio del hecho, que interpretan el dominio del hecho fundamentador de la coautoría en el sentido del dominio funcional de ROXIN, es absolutamente coherente afirmar que en este numeral se recogen supuestos de coautoría, junto a otros de estricta participación. La doctrina alemana que mantiene el criterio del dominio funcional del hecho, dice que a estos partícipes se les debe imponer la misma pena que a los cómplices, porque las únicas figuras de participación -en sentido estricto- son la inducción y la complicidad

consecuencias demasiado importantes como para no tener un fundamento normativo; que al incluir un elemento subjetivo en el dominio del hecho, se encuentra con grandes dificultades para distinguir entre autoría y participación en los delitos imprudentes, derivando casi siempre en un concepto unitario de autor para tales hechos; y que en algunos puntos conduce a una extensión del concepto de autor incoherente con el concepto restrictivo que dice defender; esta extensión es más evidente en el concepto de coautoría que se obtiene al aplicar el criterio del dominio funcional -que es un dominio negativo y no positivo como veremos más adelante- y por lo tanto insuficiente para fundamentar la autoría.

En España, MIR PUIG defiende una teoría cercana, pero no idéntica a la del dominio del hecho: **la teoría de la pertenencia del hecho**, según la cual es autor aquel sujeto al que le pertenece el hecho, el sujeto que está en una posición tal que ningún otro le puede disputar esa pertenencia⁶⁴.

Mientras que la teoría objetivo-formal caracteriza en su versión más clásica al coautor por la realización de acciones ejecutivas aunque no realice toda la acción descrita en el tipo de la parte especial, o la realización de acciones típicas⁶⁵ -versión más moderna-, la concepción más restrictiva entre los defensores de la teoría del dominio del hecho lo caracteriza por el llamado "dominio funcional del hecho", basándose en tres elementos que distinguirían la coautoría de las diversas formas de cooperación, que son: 1) El plan o acuerdo común; 2) La esencialidad de la contribución; 3) La cooperación debe ser prestada en la fase ejecutiva.

64. Esta es una teoría minoritaria dentro de la doctrina española conforme a la cual para ser (co)autor es necesario la pertenencia exclusiva y compartida del hecho. El hecho no pertenece a todo aquel de quien depende la posibilidad de su ejecución, sino a quien lo realiza, por sí solo o a través de otro que actúa como instrumento o lo comparte con otros. Entendida la autoría como una relación de pertenencia que corresponde al ejecutor material individual, cuando es el único causante al que se le puede imputar el tipo, porque no existe posibilidad de atribuírselo a otro, en el caso de que concurren otros causantes no ejecutores (por ejemplo inductor), éstos desempeñan un papel previo "menos próximo y decisivo" en cuanto dependen de que el primero (autor) ejecute o no el delito, que queda en sus manos a título propio, véase, MIR PUIG, *DP PG*, 1996, 386-387; JESCHECK, *Tratado*, 1993, 593.

Una de las críticas más globales que se le hacen a esta teoría se centra en que parte de la idea de que todo hecho ha de pertenecer a alguien, siendo por el contrario cierto que puede haber hechos sin autor, en los que no cabrá a su vez participación punible. En este sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, voz "*Autoría*", *EJBCiv*, I, 1995, 696 s.

65. Respecto a esta versión DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (voz "*Autoría*", *EJBCiv*, I, 1995, 696) señala que en principio es correcta desde la perspectiva del concepto restrictivo de autor que él defiende -y al cual nos sumamos- en el sentido de que autor es quien realiza la acción típica, sin embargo, en algunos delitos puramente resultativos -como el homicidio, p.e- no se ofrece criterio material alguno para determinar quién realiza el tipo, por lo que requiere una complementación.

Ahora bien, en cuanto al acuerdo común es concebido de diferentes maneras, pero la mayoría de los autores lo consideran como una especie de "dolo común", es decir, que basta con que cada interviniente en el hecho tenga conocimiento de que está actuando junto a otros y lo que realiza cada cual. Este acuerdo permite que cada coautor responda no sólo por su acción, sino también por lo que hacen los otros coautores -Imputación recíproca-, ya que el acuerdo unido a la división de funciones o a la acumulación de esfuerzos es lo que permite hablar de una acción conjunta de varias personas, que forman una unidad superior a las acciones individuales de cada una de ellas, y esa acción conjunta -de autoría- es fundamental en la coautoría⁶⁶.

El otro requisito que se exige para afirmar la coautoría es la contribución esencial del sujeto para el conjunto del hecho. Esta esencialidad de la contribución se da cuando el sujeto retirando su contribución al hecho puede desbaratar el plan común, es decir, que hace que no se realice el hecho delictivo -esto le da dominio del hecho-. Esta idea ha sido criticada por considerarse un dominio negativo, es decir, que puede decidir la no producción del delito, pero no su producción, como pueden hacerlo las acciones que determinan positivamente el hecho y por lo tanto se enfrentan más directamente a la norma, que son las de auténtica autoría. Esta exigencia del dominio negativo y no positivo trae como principal consecuencia la extensión del concepto de autor, que hace perder las ventajas de un concepto restrictivo de autoría; es por ello, que para nosotros, la teoría del dominio del hecho -como dominio funcional negativo- no es adecuada para fundamentar la coautoría, y como tal, tampoco es un elemento a través del cual se pueda cimentar un criterio diferenciador entre coautoría y cooperación necesaria.

Finalmente, algunos defensores de esta teoría -especialmente españoles- exigen que la cooperación se brinde en la fase ejecutiva, olvidándose de las diferencias existentes entre acciones en la fase ejecutiva, acciones ejecutivas y, sobre todo, acciones que suponen determinación o dominio positivo del hecho, tal y como señalan LUZÓN PEÑA y DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO⁶⁷ quienes rechazan el dominio funcional del hecho como característica definitoria de la coautoría, debido a que esta forma de dominio del hecho constituye sólo dominio negativo del hecho. En

66. Cfr. en general, RODRÍGUEZ MOURULLO en: CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, 1972, 821-822; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 656; también, RUIZ ANTÓN, *El agente provocador*, 1982, 171.

67. LUZÓN PEÑA, "La determinación objetiva del hecho", en: EPen, 1991; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Dominio funcional, determinación positiva" en: SILVA SÁNCHEZ (Editor), *Fundamentos de un sistema europeo*, 1995, 305-307.

consecuencia "... toda forma de autoría - por lo tanto, también la coautoría- al menos en los delitos resultativos comisivos, debe estar fundamentada en un dominio o determinación objetiva y positiva del hecho, que, en la coautoría, será una determinación conjunta del hecho". Se trata pues, de la misma acción que sería de autoría en un autor individual, pero realizada por varias personas, no pudiendo decirse de la acción de cada uno de ellos por separado constituya autoría, sino sólo de la acción conjunta. p.ej. varios sujetos, acordados y con ánimo de matar, asestan a un sujeto varias puñaladas, ninguna de las cuales es por sí sola mortal, pero sí lo es el conjunto de las heridas producidas.

Es este último criterio -y que desarrollaremos con más detalle en los apartados que siguen- el que nos parece más correcto para fundamentar la coautoría, y por tanto, diferenciarla de las formas de participación, concretamente de la cooperación necesaria.

4. Teoría de la determinación (o dominio) objetiva y positiva del hecho

La teoría de la determinación (o dominio) objetiva y positiva del hecho introducida por LUZÓN PEÑA -inicialmente para caracterizar la autoría y la participación en los delitos imprudentes y, posteriormente, extendida a los delitos dolosos de resultado⁶⁸, se caracteriza por entender que toda forma de autoría debe estar fundamentada en que el dominio objetivo y positivo sobre la realización del hecho, coloca en posición de control de éste a una persona, que aislada o conjuntamente con otros sujetos puede decidir positivamente sobre la producción del resultado. De acuerdo con esta teoría, el partícipe es "aquel sujeto que sin determinar positiva y objetivamente el hecho contribuye en la realización del resultado, pero en total dependencia de la actuación del autor"⁶⁹.

Por su parte, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, considera que la tesis de su maestro al ser dotada de una fundamentación normativa puede ser aplicada

68. Su propuesta se basaba en "hablar de dominio potencial (como criterio auxiliar para precisar la autoría imprudente) en el sentido de que sólo le falta el dolo para ser auténtico dominio, pero que hay determinación real (no potencial) del hecho. En una fórmula: determinación objetiva + dolo = dominio del hecho; determinación objetiva (sin dolo) = dominio potencial del hecho".

69. Ampliamente expuesta en: LUZÓN PEÑA, "La determinación objetiva del hecho" en: EPen, 1991, 197-224; también, en: ADPCP, 1989, 889-913; "La participación por omisión" en: EPen, 1991, 225-250; el mismo, "Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales (Comentario a la Sentencia TS 27-1-1984)", en: DPCir, 1990, 81-103.

para caracterizar todos los tipos de autoría pues -añade-, "...la objetivación del dominio del hecho llevada a cabo por LUZÓN PEÑA tiene el mérito de poner de relieve lo que es auténticamente definidor de la autoría, despojándola de otros aspectos que, efectivamente pueden guardar relación con ella, pero que no son lo exclusivo y diferenciador de la misma"⁷⁰.

En busca de esa fundamentación normativa DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO expresa que la teoría de la determinación (o dominio) objetiva y positiva del hecho se basa en el criterio de que autor es quien realiza los actos ejecutivos o, incluso, quien realiza actos ejecutivos típicos, es insuficiente. Partiendo de que el sistema preferible para precisar el concepto de autor es el restrictivo, entiende que no todos los que realizan actos ejecutivos se enfrentan de la misma forma a la norma contenida en el tipo, lo que hace que sus conductas no tengan el mismo merecimiento y necesidad de pena (no es lo mismo sujetar a la víctima que apuñalarla, aun siendo ambos actos ejecutivos).

De todos los que realizan acciones ejecutivas el infractor más directo de la norma debe ser quien tenga una responsabilidad autónoma; es decir, el autor, ya que sólo debe considerarse conducta de autoría la que más se enfrenta a la norma, la que más directamente ataca el contenido de los tipos de la parte especial. Sólo ésta conducta -argumenta- supone el más alto grado de responsabilidad, y sólo ella puede dar lugar a una responsabilidad autónoma y no dependiente de la acción de otros sujetos. En este sentido, expresa que sólo quien realiza la acción típica *nuclear* puede decirse que domina objetiva y positivamente el hecho delictivo.

Las acciones ejecutivas, no nucleares o no típicas demuestran también un alto grado de enfrentamiento frente a la norma, por lo que merecen una pena igual a la del autor. Pero a diferencia de la conducta del autor, su responsabilidad es dependiente y no autónoma, y ello, porque sus actos ejecutivos no atacan de forma tan directa la prohibición o mandato típico y no son los que la ley tiene mayor interés y urgencia en evitar, son acciones de cooperación y no de autoría. Como consecuencia, no todas las acciones ejecutivas -en el sentido de la tentativa- son conductas de autoría. Del mismo modo, tampoco la realización de acciones típicas no nucleares -en los delitos que describen más de una acción típica- constituye autoría⁷¹. "Sólo es autor quien realiza la acción típica *nuclear*, aquella en la que descansa el centro de la gravedad del injusto del hecho"⁷².

De todo lo dicho, se desprende que "la coautoría sólo se da cuando varios

70. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 632.

71. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 489 s.

72. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 513, 530-531.

sujetos acordados y dividiéndose el trabajo realizan conjuntamente la acción que determina positivamente el sí y el cómo del hecho. Esta acción no puede ser otra que la que sirve para decidir quién es autor individual inmediato y quien es autor mediato por realizar esa acción a través de otro. La acción es siempre la misma, aunque la estructura de su realización varía en cada caso: unas veces se realiza inmediatamente, otras a través de otra persona, y otras junto con otra u otras personas"⁷³.

La fundamentación anteriormente apuntada que, en general, nos parece correcta contiene un elemento de precisión compleja; establecer de forma clara e inexcusable qué acciones de las descritas por el tipo son nucleares y cuales no, comporta una interpretación minuciosa de cada tipo de la parte especial que, aunque en algunos puede encontrarse con relativa facilidad, en otros, es un criterio difícil de precisar, así lo reconoce el mismo autor al señalar que "...el problema aquí es determinar cuál o cuáles de las acciones típicas constituye el núcleo del tipo, cuestión que, esta vez sí, supone en gran medida un problema de interpretación de los tipos de la parte especial"⁷⁴.

Atendiendo a esa dificultad, y teniendo en cuenta las precisiones normativas apuntadas por él mismo, considera y con razón, que el criterio para caracterizar la autoría es el propuesto por LUZON PEÑA (la determinación objetiva y positiva del hecho), en virtud del cual es correcto mantener que "autor es quién, reuniendo los elementos personales o especiales de la autoría exigidos por algunos tipos, y cumpliendo el resto de los elementos del tipo, sólo e inmediatamente (autor inmediato individual, concurren o no otros intervinientes), a través de otro al que utiliza como instrumento (autor mediato), o mediante la actuación conjunta con otros (coautor), domina el hecho, es decir determina objetiva y positivamente el curso del suceso"⁷⁵.

Partiendo de los criterios apuntados, es oportuno precisar, que deben considerarse autores (coautores) no sólo a los que realizan en sentido formal los elementos del tipo sino que, además, poseen el dominio objetivo y positivo del hecho que los coloca en posición de decidir positivamente la

73. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 677.

74. Así expresa su opinión en algunos casos: "en la violación sólo es nuclearmente típica la conducta de tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal; en el robo con fuerza y en los robos violentos e intimidatorios menos graves, la de apoderarse de la cosa, en los robos violentos más graves, probablemente tanto la acción de apoderamiento como la lesiva de la integridad o la vida". Véase, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 681.

75. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 691; siguiéndole, GONZÁLEZ RUS, "Autoría única inmediata, autoría mediata" en. CuaDJ, 1994, 88.

producción del resultado que el tipo penal pretende evitar, porque consideramos que sólo de esta manera se pueden englobar todas las situaciones -a veces, materialmente injustas- en las que, por falta de realización de actos ejecutivos (el caso del jefe de la banda) o, pese a realizar actos ejecutivos (de enfrentamiento directo a la norma) no constituir éstos la parte nuclear del tipo (como en el caso del robo violento llevado a cabo por varias personas) y que, por tanto, pese a merecer la pena del autor eran relegados al terreno de la participación ya sea como cooperación necesaria o incluso como complicidad.

Desde la perspectiva antes apuntada, el campo de la coautoría se restringe considerablemente pudiendo perfectamente diferenciarse coautoría de cooperación necesaria, así, coautor será aquél que conjuntamente con otros sujetos domina objetiva y positivamente la realización del hecho delictivo y que, en consecuencia, puede decidir positivamente sobre la producción del resultado; en cambio, cooperador necesario será aquél que sin dominar positiva y objetivamente el hecho contribuye a la realización del delito pero con una dependencia total de la actuación del autor.

IV. Distinción entre coautoría y cooperación ejecutiva

La cooperación ejecutiva (suprimida en la reforma del 2002) era considerada por la doctrina mayoritaria como un supuesto de autoría directa o coautoría. Los defensores de la teoría objetivo formal clásica sostenían que la cooperación ejecutiva era una forma de autoría en sentido estricto -ya sea como autoría inmediata individual, o como coautoría-caracterizada por la realización de acciones ejecutivas⁷⁶. Esta posición también es apoyada por algunos partidarios de la teoría del dominio del hecho como CEREZO MIR y VIVES ANTÓN.

Sin embargo, otro amplio sector doctrinal sostiene que nos encontramos ante casos de participación y no de autoría. Dentro de éste sector hay una cierta división, en el sentido de que algunos autores consideran que en los casos de cooperación ejecutiva siempre estamos ante casos de participación, ya que la autoría se encuentra descrita en el tipo penal de la parte especial⁷⁷, mientras que otros creen que, junto a los casos de participación, hay casos de auténtica coautoría, posición esta última que

76. Así, Antón Oneca, Cuello Calón, Quintano Ripollés, entre otros.

77. Entre ellos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, posición defendida en: *La autoría*, 1991, 719 s; el mismo, *La Ley* 1990/4, 1043.

nos parece correcta⁷⁸.

Para DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO⁷⁹, el anterior y derogado artículo 24.1 Pn, contenía una figura de participación en sentido estricto, el cooperador o partícipe ejecutivo; aquél que sin ser autor, realiza acciones ejecutivas, no típicas o típicas no nucleares, o acciones que serían de auténtica coautoría si el delito fuera común, pero que, por tratarse de un delito especial y ser realizado por un *extraneus* no puede constituirse dicha autoría⁸⁰.

El mencionado autor considera que en el anterior y derogado art. 24.1 del Código Penal cabían, en principio, tanto formas de autoría como de participación -acciones ejecutivas no típicas o típicas no nucleares-; sin embargo, argumenta que incluir en el mismo supuestos de autoría supondría una reiteración, ya que ésta se encuentra contenida en los tipos de la parte especial. Por tanto entiende, que en esta disposición hay formas de participación y no de autoría. En concreto, se comprenden "todas las formas de intervención, que no siendo autoría, se presten mediante la realización de una acción ejecutiva no estrictamente típica, realización de una acción típica pero no nuclear, realización por un no cualificado, en delitos que exigen especial elementos de autoría, de una acción que en cuanto tal, es de coautoría, conjuntamente con otro u otros sujetos sí cualificados"⁸¹.

La conclusión, que puede extraerse de todo ello, es que la interpretación que se hacía del art. 24.1 hoy derogado, depende del criterio teórico que se mantenga respecto a quién es autor. Aceptando que cuando varias personas intervienen en un hecho delictivo es autor aquél que domina positiva y objetivamente el acontecer típico y, teniendo presente que no todos los actos

78. Así, LUZÓN PEÑA, EPen, 1991, 223 nota 47, también, en: DPCr, 1990, 131; en el mismo sentido, Córdoba Roda; Rodríguez Mourullo; Vives Antón; Gómez Benítez; Gimbernat Ordeig; Manzanares Samaniego; Quintero Olivares; Rodríguez Ramos; Muñoz Conde; Cuello Calón, entre otros.

79. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 715-716.

80. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (voz "*Autoría mediata, coautoría*" en: EJBCiv, I, 1995, 708; también, en: "*Autoría y participación*", La Ley, 1992/2, 1034) señala que en los delitos especiales puede darse la estructura de la coautoría entre un *intraneus* y un *extraneus*. Al *intraneus* se le castigará como autor del delito especial. En tanto que al *extraneus* se le calificará de cooperador ejecutivo -partícipe castigado con la misma pena que la del autor-del delito especial propio. En los delitos especiales impropios, el *extraneus* podrá ser calificado como autor del delito común paralelo al especial y como cooperador ejecutivo en el delito especial. También, PIZARRO BELEZA, "*La estructura de la autoría en los delitos consistentes en la infracción del deber: ¿Titularidad versus dominio del hecho?*" en: Silva Sánchez (Editor), *Fundamentos de un sistema europeo*, 1995, 341 ss.

81. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 719.

ejecutivos constituyen autoría sino, más bien, participación (sea como cooperación ejecutiva, necesaria o simple complicidad), vale decir que el anterior y hoy derogado art. 24.1 Pn, contenía tanto formas de autoría como de participación, pudiendo en este sentido hablarse de coautoría y de cooperación ejecutiva, estando el hecho diferencial en que el coautor además de realizar actos ejecutivos posee el dominio objetivo y positivo del hecho, en atención al cual puede decidir positivamente sobre la producción del resultado, circunstancia esta última que no concurre en los casos de cooperación ejecutiva.

Al haber desaparecido la figura de la cooperación ejecutiva en el nuevo Código penal, y al establecerse claramente una descripción precisa de la coautoría (el nuevo art. 24,1 Pn), la cuestión que tratamos en este apartado queda resuelta, pues aquellos casos de cooperación ejecutiva pueden despejarse -según las particularidades del caso concreto-, como coautoría si los actos realizados determinan un dominio objetivo y positivo del hecho, de cara a decidir positivamente en la producción del resultado; de no ser así, podrá apreciarse cooperación necesaria si el hecho realizado supone una contribución al delito de forma tal que sin él éste no se hubiera podido realizar; en última instancia si no cumple ese carácter de necesidad que requiere este tipo de cooperación (art. 24,2 Pn), podremos apreciar complicidad (art. 26 Pn).

V. Consideraciones finales

De cuanto antecede cabe extraer las siguientes consideraciones:

En este estudio hemos tratado algunas posiciones doctrinales que tienen como objetivo establecer criterios dogmáticos que distingan las diferentes formas de intervención en un hecho delictivo, tomando como base la cooperación necesaria tratamos de diferenciarla de la complicidad, de la coautoría y finalmente de la cooperación ejecutiva teniendo presente que las figuras de participación aquí tratadas tienen en común el constituir formas de favorecimiento o fomento del delito, no consistentes en hacer nacer en el autor la resolución del delito -que es característica de la inducción- y, tampoco determinan objetiva y positivamente la producción del resultado típico, papel que corresponde a la autoría.

Cuando tratamos de encontrar elementos de diferenciación entre cooperación necesaria y complicidad recurrimos a determinados criterios interpretativos el primero de los cuales lo constituye la teoría del acuerdo previo que por extender demasiado los presupuestos de la autoría escasamente da lugar a formas de participación, no representa pues, un criterio válido para establecer diferencias entre el cooperador necesario y el cómplice, por más que quieran extenderse sus presupuestos o ampliar sus

requisitos, pues ello produce más bien su desnaturalización.

El segundo criterio aplicado, la llamada teoría de la necesidad en abstracto y en concreto, es rechazable no sólo por aplicar criterios causales desde perspectivas distintas a la causalidad sino, también, porque al aplicarlos desde cualquier perspectiva recurre a juicios hipotéticos de forma que si la necesidad de la actuación se concibe en abstracto, ningún sujeto sería autor, pues en abstracto todas las contribuciones son reemplazables; por el contrario si se concibe en concreto, todos los intervinientes serían autores, pues el hecho en su concretísima configuración, no se habría producido sin la colaboración de todos ellos; por lo anterior puede decirse que la concepción de la necesidad tanto en abstracto como en concreto más que ofrecer un criterio satisfactorio de diferenciación ubica la discusión en un terreno en donde la variedad de alternativas que se derivan incrementa la incertidumbre que queremos evitar.

También acudimos a la teoría del dominio del hecho que si bien ha de servir para caracterizar la autoría en sentido estricto, es incorrecto acudir a ella para determinar cuándo se dan supuestos de participación, como son la cooperación necesaria y la complicidad, ya que en ninguna de las dos formas de participación el interviniente posee el dominio del hecho porque si lo poseyera sería autor y no partícipe.

La posición defendida en este trabajo apunta a que el juicio sobre la necesidad del bien o la actividad aportada requerida por el art. 24,2 Pn y que lo diferencia de la complicidad debe tomar en cuenta, además de la escasez de los bienes y actividades, las circunstancias del caso concreto referidas al lugar, tiempo, modo de ejecución y posibilidades del autor en el terreno de los acontecimientos, es decir, que lo aportado además de ser escaso debe de ser necesario para el sí y el cómo de la ejecución del hecho en la situación histórica concreta; se prefiere pues, una combinación de la teoría de los bienes y actividades escasas y la teoría de la necesidad referida al sí y al cómo de la ejecución en el caso concreto.

Por otro lado, cuando tratamos de encontrar criterios que diferenciaron la cooperación necesaria de la coautoría, expusimos la teoría del acuerdo previo, la del dominio del hecho y a la teoría de la determinación (o dominio) objetiva y positiva del hecho, inclinándonos por esta última, ya que consideramos que en general ofrece soluciones satisfactorias en el sentido de que coautor será aquél que conjuntamente con otros sujetos domina objetiva y positivamente la realización del hecho delictivo, y que en consecuencia, puede decidir positivamente sobre la producción del resultado; en cambio, cooperador necesario será aquél que sin dominar positiva y objetivamente el hecho contribuye a la realización del delito pero con una dependencia total de la actuación del autor.

Finalmente, decir que la teoría de la determinación (o dominio) objetiva y positiva del hecho al fundamentar la coautoría constituye también un criterio

que la diferencia no sólo de la cooperación necesaria sino también de la cooperación ejecutiva del anterior y derogado artículo 24.1 del Código penal, problemática ésta que, con la entrada en vigencia de la reforma parcial al código penal del 2002 ha quedado resuelta al conceptualizar la coautoría y suprimir la llamada cooperación ejecutiva.

BIBLIOGRAFÍA*

AMAYA GARCIA, Víctor Manuel, *Coautoría y complicidad*: Estudio histórico y jurisprudencial, Madrid, Dykinson, 1993.

AMELUNG, Knut, "Sobre el baremo de la responsabilidad en los supuestos de autoría mediata por dominio sobre un sujeto no responsable que se autolesiona" (trad. de Felip i Saborit, D), en: SILVA SÁNCHEZ (Editor), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*, libro Homenaje al Prof. Claus Roxin, Barcelona, J.M. Bosch, 1995, págs. 323-335.

ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso/ MUÑOZ CUESTA, Javier, *Código penal*, Pamplona, Aranzadi, 1991.

BACIGALUPO, Enrique, "Notas sobre el fundamento de la coautoría en Derecho Penal", en: *Poder Judicial*, N° 31, 1993.

La distinción entre autoría y participación en la jurisprudencia de los Tribunales y el nuevo Código penal alemán en: libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982.

BALDÓ LAVILLA, Francisco y otros, "Autoría y participación en determinados supuestos de vigilancia", en: *Poder Judicial*, N° 27, 1992.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros, *Lecciones de Derecho Penal*, parte general, Barcelona, Praxis, 1996.

BOTTKE, Wilfried, "*Estructura de la autoría en la comisión y en la omisión como requisito para la construcción de un sistema de Derecho penal de la Comunidad europea*" (trad. de Corcoy Bidasolo, M.), en: SILVA SÁNCHEZ (Editor), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*, libro Homenaje al Prof. Claus Roxin, Barcelona, J.M. J.M. Bosch, 1995, págs. 309-322.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal*, parte general, 4ª ed., Barcelona, PPU, 1994.

* La letra cursiva y el paréntesis se corresponde con la cita abreviada en las notas a pie de página utilizada a lo largo del trabajo.

CEREZO MIR, José, "Autoría y participación en el borrador de Anteproyecto del Código penal parte general 1990", en: Presupuestos para la reforma penal, Tenerife, Centro de Estudios Criminológicos Universidad La Laguna, 1992.

- "Autoría y participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal", en: Problemas fundamentales en Derecho Penal, Madrid, Tecnos, 1982.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (director)/ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis, Código Penal, doctrina y jurisprudencia, (jurisprudencia e índices), tomo I, Madrid, Trivium, 1997.

CÓRDOBA RODA, Juan/RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código penal*, tomo I, Barcelona, Ariel, 1972.

CUERDA RIEZU, Antonio, *"Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho penal español"* en: SILVA SÁNCHEZ (Editor), Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal, libro Homenaje al Prof. Claus Roxin, Barcelona, J.M. Bosch, 1995, págs. 281-303.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, "La autoría y la participación" en: La Ley, N° 3962, págs. 1-4.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *"Autoría y participación"* en: La Ley 1996/2, págs. 1283-1293.

- voz *"Autoría"* (D° Penal) en: Enciclopedia Jurídica Básica, Coordinador del área de Derecho Penal Diego-Manuel Luzón Peña, vol. I, Madrid, Cívitas, 1995, págs. 693-695.
- voz *"Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria"* (D° Penal) en: Enciclopedia Jurídica Básica, Coordinador del área de Derecho Penal
- Diego-Manuel Luzón Peña, vol.I, Madrid, Cívitas, 1995, págs. 702-709.
- voz *"Cooperación ejecutiva, cooperación necesaria y complicidad"* (D° Penal) en: Enciclopedia Jurídica Básica, vol.I. Madrid, Cívitas, 1995, págs. 1711-1715.
- voz *"Encubrimiento y favorecimiento"* (D° Penal) en: Enciclopedia Jurídica Básica, Coordinador del área de Derecho Penal Diego-Manuel Luzón Peña, vol.I, Madrid, Cívitas, 1995, págs. 2778-2781.
- voz *"Participación"* (D° Penal) en: Enciclopedia Jurídica Básica, Coordinador del área de Derecho Penal Diego-Manuel Luzón Peña, vol. III, Madrid, Cívitas, 1995, págs. 4778-4785.

- voz "Inducción" (Dº Penal) en: Enciclopedia Jurídica Básica, Coordinador del área de Derecho Penal Diego-Manuel Luzón Peña, vol. III, Madrid, Cívitas, 1995, págs. 3534-3536.
- "Autoría y participación en el Borrador del Anteproyecto de la Parte General de un Nuevo Código Penal de 1990. Algunas Observaciones", en: La Ley, 1992/2, págs. 1029-1035.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/DE VICENTE REMESAL, Javier, y otros, "Autoría y participación en determinados supuestos de "vigilancia" (Comentarios a la STS de 21 de febrero de 1989), en: Poder Judicial, Nº 27, 1992, págs. 189-216.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona, PPU, 1991.

DÍAZ ROCA, Rafael, *Derecho Penal General*, Madrid, Tecnos, 1996. (*cit. DP*)

FIERRO, Guillermo, *Teoría de la participación criminal*, Buenos Aires, Ediar, 1964.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, Universidad de Madrid, 1966.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Derecho Penal, teoría jurídica del delito*, Madrid, Cívitas, 1984. (*cit. DP*)

- "El dominio del hecho en la autoría" en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), 1984, págs. 103 - 131.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *La inducción a cometer el delito*, Valencia, Tiran lo blanch, 1995.

GONZÁLEZ RUS, Juan José, "Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría", en: Problemas de autoría, Cuadernos de Derecho Judicial, Nº XXXIX, Madrid,, 1994, págs. 57-133.

- "Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación", en: La Ley, No. 3959, 1996.

GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERRA, Alejandro, *El Código penal de 1870*, concordado y comentado, tomo I, 3ª ed., Madrid, 1923.

HERRERO HERRERO, César, *Introducción al nuevo Código penal*, parte general y especial, Madrid, Dykinson, 1996.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, 4ª ed., (trad. de José Luis Manzanares Samaniego), Granada, Comares, 1993.

JUANES PECES, Angel, "La autoría y la participación, a la luz de la doctrina de la teoría del dominio del hecho", en: *La Ley*, No. 4249, 14-3-1997, págs. 1-3.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y participación*, Madrid, Akal, 1996.

- "La participación y los delitos especiales", en: *Problemas de autoría, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, págs. 135-180.

LANDECHO VELASCO, Carlos / MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, *Derecho Penal español, parte general*, Madrid, Tecnos, 1996. (*cit. DP PG*)

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, "*La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*", en: *Estudios Penales*, Barcelona, PPU, 1991, págs. 225-250.

- "Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales (comentario a la Sentencia TS 27-1-1984)", en: *Derecho Penal de la Circulación (Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, 2ª ed., Barcelona, PPU, 1990, págs. 81-103.
- "*La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado*", en: *Estudios Penales*, Barcelona, PPU, 1991, págs. 197-224.; también, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, 1989, 889-913.

LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de Derecho Penal, parte general*, Madrid, Dykinson, 1997.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis/ ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis, *Código penal (comentarios y jurisprudencia)*, Granada, Comares, 1987.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, parte general*, Barcelona, PPU, 1996. (*cit. DP PG*).

MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, parte general*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, 1996. (*cit. DP PG*)

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid, Cívitas, 1991.

- La participación en el delito y el principio de accesoriedad, Madrid, Tecnos, 1990.

PIZARRO BELEZA, Teresa, *"La estructura de la autoría en los delitos consistentes en la infracción de un deber: ¿Titularidad versus dominio del hecho?"* (trad. de Felip i Saborit, D.) en: SILVA SÁNCHEZ (Editor) *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*, libro Homenaje al Prof. Claus Roxin, Barcelona, J.M. Bosch, 1995, págs. 337-354.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1966.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Curso de Derecho Penal*, parte general, Barcelona, Cedecs, 1996. (*cit. DP PG*)

- *Comentarios al nuevo Código penal*, Madrid, Aranzadi, 1996.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, "La presunción legal de voluntariedad", en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, 1965, págs. 33-84.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Compendio de Derecho Penal*, parte general, 3ª ed., Madrid, Trivium, 1986.

ROSAL BLASCO, Bernardo del, "La inducción y la complicidad como formas de participación criminal punibles en el Código penal", en: *Problemas de autoría*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994.

ROXIN, Claus, "Sobre la autoría y participación en derecho penal", en: *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*, libro homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires, Pannedille, 1970.

RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, "Del agente provocador y del delito provocado", en: *Problemas de Autoría*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, págs. 333-392.

- *El agente provocador en el Derecho Penal*, Madrid, Edersa, 1982.

SALAZAR MARÍN, Mario, *Autor y partícipe en el injusto penal* (hacia una nueva estructura del delito), Bogotá, Temis, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María y otros, *Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales*, parte general, Barcelona, Bosch, 1996.

STRATENWERTH, Günter, Derecho Penal, parte general I, El hecho punible, (trad. de la 2ª ed. alemana (1976) por Gladys Romero), Madrid, Edersa, 1982.. (*cit. DP PG*)

VIVES ANTÓN, Tomás (Director), *Comentarios al Código penal*, Valencia, Tirant lo blanch, 1996